

ATTI PARLAMENTARI

XVI LEGISLATURA

CAMERA DEI DEPUTATI

Doc. **LXXVIII**
n. **4**

RELAZIONE

DELLA COMMISSIONE PER L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI SULLA TRASPARENZA DELL'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

(Anno 2010)

(*Articolo 27, comma 5, legge 7 agosto 1990, n. 241*)

*Presentata dal Sottosegretario di Stato
alla Presidenza del Consiglio dei ministri*

(LETTA)

Trasmessa alla Presidenza il 3 agosto 2011

PAGINA BIANCA

SOMMARIO

| | | |
|---|-------------|----|
| Introduzione | <i>Pag.</i> | 5 |
| 1. Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990 | » | 7 |
| 1.1. Intervento introttivo del Sottosegretario di Stato dott. Gianni Letta (Presidente della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi) al convegno tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre il 10 novembre 2010 | » | 7 |
| 1.2. Intervento del Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri Cons. Diana Agosti, (Componente della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi) al convegno tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre, il 10 novembre 2010 | » | 11 |
| 1.3 Relazione dell'Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza (vicepresidente della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi) al convegno tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre il 10 novembre 2010 | » | 13 |
| 1.4 Relazione del Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Salvatore Giacchetti (Componente della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi) al convegno tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre il 10 novembre 2010 | » | 30 |
| 2. La composizione La composizione della Commissione dalla istituzione ad oggi (1991-2010) | » | 62 |
| 3. La struttura di supporto ai lavori della Commissione: il Dipartimento per il Coordinamento amministrativo | » | 70 |
| 4. Sintesi sul ruolo e sull'attività della Commissione dal 2006 al 2010 | » | 73 |

| | | |
|---|-------------|-----|
| 5. I ricorsi dinanzi alla Commissione | <i>Pag.</i> | 75 |
| 5.1. La procedura | » | 75 |
| 5.2. I controinteressati | » | 78 |
| 5.3. I ricorsi alla Commissione e le amministrazioni resistenti | » | 79 |
| 5.4. La distribuzione dei ricorsi per ambito territoriale | » | 83 |
| 6. Le funzioni consultive di proposta e di impulso della Commissione | » | 84 |
| 7. Gli interventi della Commissione | » | 106 |
| 8. L'interpretazione del principio di trasparenza attraverso le pronunce più significative della Commissione | » | 107 |
| 9. Accesso e riservatezza | » | 114 |
| 10. Trasparenza e accesso | » | 118 |
| 11. Effetti deflattivi dell'attività della Commissione | » | 120 |
| Indice delle figure | » | 123 |

Introduzione

Nel 2010 la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ha ulteriormente incremento rispetto ai precedenti anni la propria attività sia in sede consultiva sia in sede di decisione dei ricorsi di cui all'articolo 24 della legge n. 241 del 1990. Grazie anche al potenziamento degli strumenti elettronici messi a disposizione (oltre al Sito Internet dedicato alla Commissione è stata istituita la casella di posta elettronica certificata della Commissione) si è ormai diffusa tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni la piena consapevolezza delle competenze e dei compiti della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, quale “guardiano della trasparenza”.

In occasione del ventennale della legge n. 241 del 1990, si è svolto un convegno che ha tracciato un bilancio dell'attività svolta in questi anni dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La valutazione dei primi venti anni di attività è risultata particolarmente positiva.

L'andamento in continua crescita dei ricorsi e delle richieste di parere è dettagliatamente riportato nelle pagine seguenti e nei grafici illustrativi. I dati relativi al triennio 2008 – 2010 mostrano, tra gli altri, un risultato interessante e cioè che a fronte di un sempre maggiore incremento delle istanze che pervengono alla Commissione, l'andamento tendenzialmente degli esiti delle decisioni è pressoché omogeneo.

Questo dato può senza dubbio essere interpretato come un segnale del consolidamento dei principi e delle regole di trasparenza nell'attività amministrativa, grazie al contributo delle decisioni della Commissione.

PAGINA BIANCA

1 Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge 241 del 1990. Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi “Roma Tre” il 10 novembre 2010**1.1. Intervento introduttivo del Sottosegretario di Stato dott. Gianni Letta**

Il ventennale della Commissione per l'accesso (costituita con la legge n. 241 del 1990) rappresenta l'occasione per formulare un bilancio sulla qualità dell'azione amministrativa in Italia.

Noi tutti conosciamo le difficoltà in cui versa il settore pubblico sia per la carenza di risorse sia per la complessità del quadro ordinamentale di riferimento.

Ma da quando il cambiamento e la modernizzazione degli apparati si sono ispirati ai principi di trasparenza, i processi di decisione autoritativa hanno potuto coinvolgere più da vicino gli interessi dei cittadini e delle imprese con sensibili benefici per la collettività.

Trasparenza e partecipazione non solo raffigurano le linee portanti della disciplina inerente al funzionamento della pubblica amministrazione ma sono ormai un'esigenza irrinunciabile, strumenti indispensabili a realizzare un concreto e reale rapporto tra governanti e governati, i quali si pongono come attori consapevoli nel procedimento di gestione della cosa pubblica.

L'accesso ai documenti è uno dei capisaldi della riforma del 1990, frutto del lungo dibattito sviluppatosi a partire dagli anni settanta del secolo scorso al quale hanno dato un importante contributo sia la giurisprudenza sia la dottrina.

In altri Paesi europei e in particolare nei Paesi scandinavi quei principi hanno origini lontane e si radicano nei primi atti ordinamentali e addirittura statutari. In Italia prima della legge n. 241 il nostro ordinamento era dominato dal principio di segretezza dell'azione amministrativa. Fu compito della più avanzata dottrina anticipare l'esigenza della conoscibilità dei provvedimenti e porne il principio accanto a quelli di legalità, imparzialità e buon andamento, formalmente riconosciuti dall'articolo 97 della Costituzione.

Ma approvata la legge del 1990 è stata la Commissione a rendere operanti i nuovi criteri che sono entrati a far parte di quella che Costantino Mortati definisce la “costituzione materiale” del Paese, e cioè quell'insieme di principi ampiamente condivisi nella Nazione che formano il sostrato ideale economico e sociale sul quale si basano le regole fondamentali della comune convivenza.

Pur non potendo io eguagliare per competenza gli illustri componenti di questo convegno, tenterò tuttavia di offrire la mia testimonianza, legata a una lunga esperienza nell'ambito dei lavori della Commissione, che ho l'onore di presiedere, in qualità di Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio.

In venti anni di attività, la Commissione, vigilando, con le sue decisioni e i suoi pareri, sull'esercizio del diritto d'accesso, ha contribuito alla realizzazione concreta della trasparenza nella gestione della cosa pubblica.

All'attuazione del nuovo principio e alla sua progressiva evoluzione ho avuto il privilegio di partecipare per tanti anni da un osservatorio speciale, proprio in virtù di un ruolo che mi ha offerto l'opportunità del dialogo con le più prestigiose professionalità delle istituzioni rappresentate dai membri della Commissione.

Quando nei primi mesi del 2008 sono stato nuovamente investito dell'incarico di Presidente *ex lege*, ho potuto verificare il contributo che la Commissione con autorevolezza ha impresso per il netto miglioramento di qualità nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. Intanto c'erano state profonde modifiche delle competenze per effetto delle leggi n. 15 e n. 80 del 2005 e il diritto di accesso era stato elevato a principio attinente ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione.

La possibilità data al cittadino di ricorrere contro il diniego di accesso a un documento anche in via amministrativa dinanzi alla Commissione per l'accesso è oggi il corollario più importante della riforma. Nel 2006 infine, grazie al d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, accanto alla funzione consultiva, la Commissione ha acquisito un nuovo compito di tipo giustiziale ed è diventata organo di garanzia dell'attuazione della giustizia nell'amministrazione.

Per parte mia, durante gli anni di "presidenza", ho cercato di seguire i lavori personalmente e con costanza, ritagliando sempre uno spazio di tempo tra i pur pressanti impegni quotidiani. Devo confessare di essermi appassionato a questa funzione istituzionale che mi dà l'opportunità di conoscere le esigenze concrete del cittadino. Insegnanti, militari, professionisti, giornalisti, pubblici impiegati, genitori, coniugi, stranieri, pensionati, utenti, cittadini tutti che chiedono aiuto nella ricerca della "loro verità" dinanzi alle difficoltà opposte dall'apparato burocratico. Ciascuno con la propria storia. Storie semplici a volte appassionanti, a volte commoventi, spesso, almeno per ciò che riguarda la soddisfazione della richiesta di accesso ai documenti, a lieto fine.

I problemi affrontati e già risolti dalle decisioni e dai pareri della Commissione sono i più vari.

Non voglio tendarVi con un elenco, ma devo citare almeno i più importanti:

- il diritto d'accesso alle informazioni ambientali è stato sottoposto a una disciplina speciale preordinata a consentire un controllo diffuso sulla qualità dell'ambiente;
- la trasparenza è stata garantita a livello locale attraverso un ampio e privilegiato diritto d'accesso riconosciuto ai cittadini e ai consiglieri comunali;

- è stato garantito il diritto d'accesso non solo nei confronti di pubbliche amministrazioni ma anche di enti e società per azioni che producono beni o servizi. Emergono dall'importante decisione della Commissione un concetto di amministrazione connessa alla cura di interessi pubblici e non soltanto all'esercizio di potestà autoritative e al contempo l'opportunità offerta agli utenti di esercitare un diritto anche nei confronti di soggetti che rivestono una posizione privilegiata pur agendo in un regime di mercato;
- abbiamo effettuato un delicato bilanciamento tra la trasparenza e la tutela dei dati personali, anche in virtù di un costante rapporto con il Garante della *privacy*;
- è stato aperto l'accesso a soggetti portatori di interessi pubblici e diffusi, quali le associazioni di categoria nel perseguimento delle finalità statutarie proprie o per la difesa dei diritti vantati dagli iscritti (a esempio con riguardo alla sicurezza sui luoghi di lavoro).

Potrei continuare, ma quanto già detto basta a dimostrare che oggi il principio della trasparenza non è solo un obiettivo che il legislatore si propone di realizzare a tutti i livelli dell'ordinamento ma è divenuto il basilare canone operativo, al quale nessuna autorità è in grado di sottrarsi legittimamente: è una regola prioritaria dell'azione amministrativa. Di qui la doppia valenza del diritto d'accesso che, da un lato garantisce al privato la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti nei confronti della pubblica amministrazione, dall'altro è funzionale ad assicurare la concretizzazione dei principi generali d'imparzialità e buon andamento.

Il numero sempre crescente delle richieste dei cittadini e delle pubbliche amministrazioni dimostra, a mio avviso, la crescita della fiducia riposta in una istituzione pubblica, la nostra Commissione, che, dal 2006 a oggi, si è pronunciata senza mai voler ricorrere al c.d. silenzio-rigetto, riunendosi in seduta plenaria con una cadenza bimensile.

L'interesse dei cittadini è tangibile: ogni giorno la Presidenza del Consiglio registra numerose connessioni al sito internet e alla posta dedicati alla Commissione. Gli utenti ricercano documenti, decisioni, pareri, approfondimenti delle questioni più rilevanti: a volte si limitano a chiedere notizie, altre volte effettuano un vero e proprio monitoraggio sulle attività degli uffici.

L'utilità dei lavori della Commissione è altresì dimostrata dall'elevata percentuale, in costante aumento, dei casi in cui le amministrazioni si uniformano alla decisione dalla stessa assunta. Non dotata di poteri coercitivi, la Commissione esercita con successo la *moral suasion* nei confronti delle amministrazioni. Basta a questo proposito ricordare che nel 2009 è più che raddoppiata (9% rispetto al 4% del 2008) la percentuale di ricorsi per cui è

stata dichiarata la cessata materia del contendere in quanto l'amministrazione ha consentito l'accesso prima della decisione del ricorso.

Ecco perché, soprattutto negli ultimi anni, mi sono personalmente battuto affinché una sede privilegiata di efficienza come la Commissione non fosse cancellata. E questo giustifica, credo, almeno in parte, il mio mandato, quello cioè di difendere un centro d'eccellenza dotato di autonomia e imparzialità.

Spesso, studiando le carte della Commissione, mi sono tornate in mente alcune considerazioni di Alexis de Tocqueville che nella prima metà del 1800 studiava la democrazia configurandola come difficilissima impresa di restituire agli individui la responsabilità attiva della partecipazione al perseguitamento del bene comune. Difficilissima proprio a causa dell'incremento dei nuovi bisogni insito nel processo ugualitario nel quale la figura dell'*homo democraticus* si frantuma in una pluralità di soggetti sociali.

In un saggio del 1835 Tocqueville sembra dubitare della possibilità di rendere universali i diritti individuali, ma le sue conclusioni sono ottimistiche: le nozioni di democrazia e di libertà trovano una giusta connessione nello sforzo continuo di trasporre i nuovi e gli antichi valori delle società nelle forme attive di partecipazione alla vita pubblica.

Di quei valori, antichi o recenti che siano, la Commissione si rende interprete in ogni pronunciamento che consente ai cittadini liberi di uno Stato democratico di partecipare, anche attraverso l'accesso, alla formazione della volontà democratica per il bene comune.

**1.2. Intervento del Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo
presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri Cons. Diana Agosti**

La legge 241 del 1990 ha trasformato il sistema di rapporti fra il privato e la Pubblica amministrazione, introducendo un nuovo concetto di provvedimento non più espressione di un potere autoritativo ma risultato di un confronto dialettico. Grazie a quella scelta legislativa, la trasparenza, corollario del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, fissato dall'articolo 97 della Costituzione, costituisce principio generale cui l'attività amministrativa deve stabilmente uniformarsi e l'accesso ai documenti amministrativi è divenuto un diritto concretamente esigibile.

Proprio perchè la trasparenza è alla base di un corretto rapporto fra Stato e cittadino e costituisce l'elemento fondamentale in grado di determinare una sensibile diminuzione del tasso di contenzioso, l'impegno posto nel garantire l'accesso ai documenti amministrativi ha mantenuto un incremento costante e si è diffusa la consapevolezza che la Commissione per l'accesso, organo vigilante sulla effettiva attuazione del principio di piena conoscibilità, possa esprimere un ruolo di “custode della trasparenza”.

L'attività della Commissione rappresenta un valido sostegno alla credibilità delle istituzioni e al consolidamento di quel rapporto fra cittadini e amministrazioni che proprio nella società contemporanea risulta assumere un valore essenziale.

Il numero crescente delle istanze presentate è la prova della fiducia riposta nella capacità di quest'organo di dare adeguata risposta all'ampia e diffusa esigenza di trasparenza e alla delicata questione del bilanciamento di quei rapporti che costituiscono l'uno il limite dell'altro: accesso e riservatezza, diritto del cittadino a prendere visione dei documenti e diritto alla tutela della *privacy* degli eventuali controinteressati. E' qui che la Commissione esplica la sua indispensabile attività di continua ricerca di conciliazione delle due esigenze, in cui l'una può prevalere sull'altra solo ove vi sia stata un'attenta comparazione tra i beni da tutelare e l'interesse meglio collocato sia stato proporzionalmente valutato e ponderato.

I dati illustrano anche l'evoluzione della duplice funzione che la Commissione svolge attraverso l'emanaione dei pareri, rafforzando la sua funzione di guida delle amministrazioni nelle difficili scelte che attengono all'ostensibilità dei documenti amministrativi, e con la complessa attività di ricerca di un equilibrio tra le ragioni della trasparenza e quella della riservatezza, acquisendo il ruolo di arbitro tra cittadini ed amministrazioni.

Con la progressiva implementazione della concreta attuazione del diritto di accesso, il Collegio ha contribuito fattivamente a una più diffusa e agevole realizzazione dei principi legislativi, introducendo anche innovazioni per la conoscibilità e la migliore organizzazione delle proprie attività.

La nuova impostazione si riflette su tutto il complesso operativo. La certezza dei tempi dei procedimenti amministrativi, la trasparenza, l'accessibilità e la partecipazione, costituiscono i pilastri di un servizio al cittadino e alle imprese in una nuova prospettiva di qualità ed efficienza.

Un utilizzo sempre più diffuso delle nuove tecnologie per erogare i servizi, costituisce un elemento di sviluppo e competitività, soprattutto se si considera che la digitalizzazione e la dematerializzazione possono determinare risparmi considerevoli.

Osservatore privilegiato di questa evoluzione, il Dipartimento per il coordinamento amministrativo, struttura che ospita fin dall'origine la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi e pertanto deputata a supportarne i lavori provvedendo allo svolgimento di ogni attività ad essa demandata, nel tempo ha potuto operare su due piani paralleli.

Il valido e prezioso ausilio tecnico amministrativo all'organismo, è stato quindi ottimizzato con l'istituzione, nell'ambito del sito della Presidenza del Consiglio, di una pagina dedicata alle attività della Commissione che ha permesso l'immediata consultazione di tutte le informazioni utili per i cittadini e le amministrazioni che in questo modo possono seguire i lavori, consultare le pubblicazioni, la giurisprudenza e la normativa in materia di accesso.

Inoltre si è compiuta la completa informatizzazione dei lavori. Un progetto che, attuato nell'ottica del miglioramento del servizio erogato a vantaggio sia dei componenti della Commissione sia del cittadino utente/ricorrente, consiste nell'abolizione del cartaceo nell'intero flusso di documenti relativi ai ricorsi o pareri presentati.

Il sistema, tramite la creazione e consultazione di un fascicolo elettronico, permette di interagire in modo assolutamente sicuro durante il corso di tutte le varie fasi del procedimento - l'istruttoria, le riunioni plenarie ed infine l'archiviazione - e nel ridurre i tempi e i costi assicura il pieno rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità a cui l'agire pubblico deve sempre improntarsi.

1.3. Relazione dell'Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza***La commissione per l'accesso ai documenti amministrativi dopo la riforma del 2005***

Sommario:

1. *Originaria disciplina e modelli ispiratori.*
2. *La riforma del 2005 e le nuove funzioni giustiziali: a) in generale*
3. *in particolare: b) il procedimento dinanzi alla Commissione.*
4. *L'attività svolta dalla Commissione con particolare riguardo ai casi più significativi.*
5. *Natura giuridica della Commissione.*

1. Originaria disciplina e modelli ispiratori

La legge 7.8.1990 n. 241, nella sua formulazione originaria, prevedeva l'istituzione, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, di una Commissione per l'accesso quale garante dell'attuazione del principio di conoscibilità dell'azione amministrativa, con compiti di controllo dell'attività amministrativa e di cooperazione con essa, con ulteriori compiti di riflessione ed elaborazione dell'esperienza strumentali allo stimolo di interventi legislativi.

Un garante atto a costituire “un luogo di sintesi dei problemi applicativi” dotato anche “della capacità di innescare impulsi dinamici nel processo di radicamento del nuovo principio”¹.

La competenza per la nomina dei suoi componenti era affidata al Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio dei Ministri.

La sua presidenza era attribuita al sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio pro tempore e la sua composizione era fissata in sedici membri, dei quali due senatori e due deputati designati dai Presidenti delle rispettive Camere, quattro scelti fra il personale di cui alla legge 2 aprile 1979, n. 97, su designazione dei rispettivi organi di autogoverno, quattro fra i professori di ruolo in materie giuridico-amministrative e quattro fra i dirigenti dello Stato e degli altri enti pubblici.

La durata in carica dei componenti era prevista in un triennio tranne che per il Presidente (tale, come si è detto, *ratione officii*) e per i parlamentari, di cui era prevista la decadenza, in caso di scadenza del mandato parlamentare o di scioglimento della camera di appartenenza nel corso del triennio.

La legge attribuiva alla Commissione tre funzioni fondamentali di vigilanza, di referto e di proposta.

La prima aveva ad oggetto il principio di piena conoscibilità dell'azione amministrativa ed a suo supporto venivano attribuiti alla Commissione poteri

¹ M. Arsi, La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, in *Foro Amm.* 1995, 2896.

strumentali, quali quello ispettivo su tutti i dati e le informazioni posseduti da tutte le pubbliche amministrazioni. Dati che, queste ultime, a richiesta della Commissione, erano tenute a comunicare, con la sola eccezione dei dati coperti da segreto di Stato.

Altro strumento a supporto della funzione di vigilanza era, poi, la costituzione e tenuta di un archivio, quello dei regolamenti concernenti la disciplina del diritto di accesso ed in particolare dei casi di esclusione previsti dall'art. 24, comma 4 della legge (nel suo testo originario), che tutte le amministrazioni avevano il dovere di adottare.

Accanto a tale archivio, istituito presso la Commissione dall'art. 10 del regolamento d.P.R. 27.6.1992 n. 352, erano previsti quello delle istanze di accesso (art. 11) da tenersi da tutte le pubbliche amministrazioni ed un archivio centralizzato presso la Presidenza del Consiglio, organizzato e gestito sulla base di apposite direttive della Commissione per l'accesso.

In qualche modo collegato al potere di vigilanza, secondo autorevole dottrina, veniva poi quello di referto: la Commissione presenta, infatti, al Parlamento ed al Presidente del Consiglio una relazione annuale sulla trasparenza. Tale potere rappresenta l'unica – e peraltro blanda – supplenza alla carenza di poteri ordinatori, sostitutivi e sanzionatori più volte lamentata dalla Commissione stessa nelle sue relazioni, contenendo implicitamente un potere di denuncia delle inadempienze più gravi di cui le Amministrazioni possano essersi rese responsabili.

Infine, la legge prevedeva un potere di proposta al Governo di nuovi testi legislativi e regolamentari, potere più volte esercitato nelle relazioni annuali con proposte che sono state parzialmente accolte con la legge 11.2.2005 n. 15, con il d.P.R. 12.4.2006 n. 184 e con la legge 18.6.2009 n. 69.

Ulteriori funzioni furono poi assunte *praeter legem* dalla Commissione per via regolamentare e “giurisprudenziale”.

Il regolamento 352/1992 attribuì, infatti, alla Commissione – quale strumento della vigilanza – quella funzione consultiva prevista sia nel progetto Nigro che nell'originario disegno di legge e che si era “smarrita durante il dibattito parlamentare”².

Tale funzione aveva ad oggetto i regolamenti previsti dall'art. 24 per individuare le categorie di documenti sottratti all'accesso e tanto quelli governativi, quanto quelli adottati dalle singole amministrazioni, rispetto ai quali il parere della Commissione era obbligatorio (art. 10 comma 1 e 2 del regolamento). Facoltativo era invece il parere sui regolamenti governativi, sulla introduzione ad iniziativa del Governo di normative speciali comunque attinenti al diritto di accesso e sugli atti comunque attinenti all'esercizio ed

² M. Arsi, Op. cit., 2910.

all'organizzazione del diritto di accesso adottati o adottandi da tutte le pubbliche amministrazioni (art. 10, commi 1 e 2 del Regolamento).

Infine, nell'esercizio delle sue funzioni, la Commissione si auto-attribuì un ulteriore allargamento della funzione consultiva, ritenendosi legittimata a rendere pareri anche a richiesta di privati, esercitando così, nei confronti delle Amministrazioni, una “*moral suasion*” non di rado efficace.

Una ulteriore funzione esercitata “*praeter legem*” dalla Commissione fu quella di impartire direttive alle pubbliche amministrazioni in funzione di coordinamento in materia di accesso (direttive la cui inosservanza potrebbe costituire vizio di legittimità), come, ad esempio, quella volta ad omogeneizzare e standardizzare verso il basso i costi dell'accesso³.

La dottrina tradizionale individua nel modello francese della *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA) istituito dalla legge francese 17 luglio 1978, n.753 sopra citata l'istituto ispiratore del legislatore italiano in virtù di un ipotizzato “appiattimento” su di un modello ritenuto più adattabile alla nostra realtà amministrativa.

In tale tesi vi è indubbiamente del vero, considerata anche la più generale derivazione di tanti nostri istituti da quelli d'oltralpe.

Sembra, peraltro, che possa ravvisarsi anche un altro modello straniero ispiratore e precisamente quello del difensore civico. Il momento storico in cui la Commissione Nigro completava il suo progetto che doveva poi divenire la legge n. 241 del 1990, coincide, infatti, con la fine di un periodo che vide l'irraggiamento, nel mondo, dell'istituto dell'*Ombudsman*, da considerare come istituto para-giurisdizionale. È un irraggiamento singolare, paragonabile soltanto a quello del Consiglio di Stato francese a cavallo del 1900 e che però ha la caratteristica di innestarsi in sistemi giuridici diversissimi fra loro, alcuni dei quali scarsamente compatibili con l'istituto stesso. L'*Ombudsman*, quanto meno nella sua originale configurazione svedese, si colloca, infatti, orizzontalmente attraverso i tre poteri tradizionali, derivando la propria legittimazione dal legislativo ed operando attraverso l'adozione di provvedimenti che hanno natura di atti amministrativi ma i cui effetti equivalgono a quelli delle sentenze, in quanto la funzione svolta si risolve, in sostanza, nella protezione dell'amministrato nei confronti della pubblica amministrazione.

Orbene, nella composizione della Commissione appare singolare la partecipazione, perfettamente paritetica, di rappresentanti del potere legislativo, esecutivo e giudiziario.

A tale ricostruzione potrebbe obiettarsi che i membri della Commissione erano scelti non quali rappresentanti del “potere” di provenienza ma perché tale provenienza rappresentava garanzia di competenza.

³ Cfr. Relazione alle Camere ed al Presidente del Consiglio (d'ora in poi Relazione) per gli anni 1996 e 1997.

L'obbiezione è, però, smentita dall'art. 27, 2° e 3° comma della legge (conservati *in parte qua* dalla novella del 2005) che prevede la decadenza del componente parlamentare in caso di scadenza o scioglimento anticipato della camera di appartenenza, il che prova che la rappresentatività dei parlamentari era ed è valutata non solo in relazione ad una presunta capacità tecnica ma (quanto meno) anche in relazione al "potere" rappresentato.

Conclusione, questa, che appare estensibile anche ai rappresentanti degli altri poteri e che appare comunque coonestata dalla circostanza che, a norma del precedente 2° comma, i componenti provenienti dalla magistratura sono "designati dai rispettivi organi di autogoverno".

L'ipotesi è d'altronde confermata dall'inserimento del difensore civico nella normativa sull'accesso, dapprima con l'art. 15 della legge 24.11.2000 n. 340, poi con la novella del 2005, che addirittura equipara alla funzione giustiziale esercitata dall'*Ombudsman* con riguardo agli atti delle amministrazioni locali quella esercitata dalla Commissione con riguardo agli atti delle Amministrazioni dello Stato.

2. La riforma del 2005 e le nuove funzioni giustiziali della Commissione:

a) in generale

Le leggi 11.2.2005 n. 15 e 14.5.2005 n. 80 hanno incisivamente novellato la legge sul procedimento e sull'accesso.

In particolare la disciplina relativa alla Commissione per l'accesso ne muta competenza alla nomina, incardinamento organizzativo, composizione e funzioni.

Il potere di nomina passa, infatti, dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Quanto all'incardinamento organizzativo, mentre la previgente normativa prevedeva, con qualche vaga elasticità, che gli oneri per il funzionamento della Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio fossero a carico del relativo stato di previsione, l'attuale normativa prevede che una struttura della Presidenza del Consiglio (attualmente il Dipartimento per il Coordinamento amministrativo) costituisca il supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione, che il capo di tale struttura sia membro di diritto della Commissione e che la Commissione stessa possa avvalersi di un numero di esperti non superiore a cinque nominati ai sensi dell'art. 29 l. 23.8.88 n. 400 e dunque incardinati come consulenti nella Presidenza del Consiglio.

Nessuna previsione è più, quindi, necessaria in ordine della individuazione del soggetto a cui fanno carico gli oneri per il funzionamento della Commissione, che costituiscono, ovviamente, posta di bilancio della Presidenza.

Quanto alla composizione della Commissione si osserva che il numero di membri è stato ridotto da sedici a dodici, in quanto – ferme le componenti

rappresentative del potere legislativo e giudiziario – i rappresentanti del potere esecutivo sono ridotti da quattro a uno e quelli dell'accademia da quattro a due, passando da quattro professori di ruolo in materie giuridico-amministrative a due professori di ruolo in materie giuridiche.

Venendo, infine, al mutamento di funzioni si registra la più importante innovazione. Invariata la funzione di referto e di proposta si assiste ad una innovazione di tipo sistematico in relazione a quella di vigilanza e ad una innovazione sostanziale consistente nell'attribuzione di una nuova funzione giustiziale.

La innovazione sistematica è stata introdotta dal regolamento (d.P.R. 12 aprile 2006 n. 184 che ha sostituito ed abrogato il d.P.R. 27.6.92 n. 352).

Il relativo art. 11, infatti, riconduce al potere di vigilanza della Commissione ogni suo potere consultivo, così come ridefinito per adeguarlo alla mutata disciplina dei casi di esclusione dall'accesso e di sottrazione dall'accesso come elencati dalla novella nella nuova stesura dell'art. 24 della legge, senza peraltro introdurre innovazioni sostanziali. Rimane fissa, infatti, la previsione di parere, a richiesta del Governo, sul regolamento governativo che prevede i casi di sottrazione all'accesso e sulla predisposizione di normative comunque attinenti al diritto di accesso. Altresì fermo rimane il parere obbligatorio sugli atti delle singole amministrazioni che prevedono i casi di sottrazione dall'accesso “per finalità di coordinamento dell'attività organizzativa delle amministrazioni in materia di accesso e per garantire l'uniforme applicazione dei principi”. Viene, da ultimo, confermata la consulenza facoltativa sugli atti adottati dalle singole amministrazioni in materia di esercizio ed organizzazione del diritto di accesso.

Sempre in funzione strumentale alla vigilanza, l'ultimo comma dell'art. 11 conferma la vecchia disposizione relativa all'archivio degli atti limitativi dell'accesso prevedendone obbligatoriamente la trasmissione alla Commissione in via telematica, con norma pacificamente ritenuta applicabile anche agli enti territoriali in quanto attivazione del principio di leale collaborazione.

Alla stessa funzione di vigilanza il Regolamento del 2006 riconduce, (art. 11, comma 1, lettera b) anche il potere giustiziale nuovo conferito alla Commissione dal novellato art. 25 della legge, che costituisce la più importante innovazione introdotta dalla novella del 2005 con riguardo alla Commissione stessa.

Ad essa viene, infatti, attribuito, in parallelo con quanto accadeva già per il difensore civico (L. 340/2000, art. 15), il potere di decidere in via amministrativa i ricorsi contro i dinieghi di accesso, espressi o taciti, ed i relativi differimenti o limitazioni.

Entrambi i rimedi non sono né alternativi né condizionanti rispetto al rimedio giurisdizionale del ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale, come invece avviene per la CADA francese⁴ secondo lo schema tipico della ricorribilità del solo atto definitivo proprio anche del nostro sistema di giustizia amministrativa fino al 1971. Sono, invece, rimedi facoltativi ed aggiuntivi rispetto a quelli giurisdizionali, previsti in funzione deflattiva, in quanto offrono all'accendente un rimedio economico e spedito. Il ricorso, redatto in carta semplice e senza che sia necessario ministero di avvocato può essere, infatti, inoltrato, oltre che per raccomandata A.R. anche via fax o in via telematica (art. 12, comma 1° da d.P.R. 184/2006) e deve essere deciso entro trenta giorni, decorsi i quali il ricorso si intende respinto. L'accendente ha, in altri termini, la scelta fra adire immediatamente il T.A.R. o sperimentare prima la via amministrativa. In tale secondo caso il termine per il ricorso al T.A.R. decorre dal ricevimento dell'esito del ricorso amministrativo.

Il riparto di competenze fra difensore civico e Commissione avviene per tipo di amministrazione. Il primo, nell'originaria formulazione, aveva competenza per ambito territoriale in ordine ai ricorsi contro atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, con supplenza del difensore civico nell'ambito territoriale immediatamente superiore se quello dell'ambito inferiore non fosse stato istituito.

La legge finanziaria 2010 (l. 23.12.2009, art. 2 comma 180) ha, peraltro, soppresso la figura del difensore civico comunale e provinciale. Quello regionale rimane, pertanto, l'unico competente in materia di accesso ai documenti di enti territoriali.

Quid nel caso non sia stato istituito il difensore civico neanche a livello regionale? La *ratio* della normativa indurrebbe a pensare che la logica di supplenza che sposta la competenza fra difensori civici, in caso di totale assenza di tali organi di garanzia, devolga la relativa competenza alla Commissione, attesa la pregnanza del suo potere di vigilanza che ha per oggetto la piena attuazione di quell'accesso che costituisce principio generale dell'attività amministrativa ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione.

La tesi sopra svolta sembrerebbe trovare supporto anche nella linea interpretativa ampliativa fatta propria dalla Commissione, proprio in nome del potere di vigilanza sopra indicato, con riguardo alla affermata competenza in materia di ricorsi per l'accesso contro soggetti che a stretto rigore non possono qualificarsi amministrazioni centrali o periferiche dello Stato quali, ad

⁴ J. Rivero – J. Waline, Droit Administratif, 18° edizione – Dalloz, Parigi, 2000; Cons. Stato francese 19.2.82, Commaret, Recueil Conseil d'Etat, p. 78

esempio, Banca d'Italia, Università degli Studi, ordini professionali, Camere di commercio ecc.⁵. Si va, in effetti, facendo strada nell'attività della Commissione la tendenza ad affermare la propria competenza giurisdizionale nei confronti dei soggetti contemplati dall'art. 22, comma 1^o, lettera e) della legge 241/90 nel testo novellato, con la ovvia esclusione degli enti territoriali (e sempreché il difensore civico competente sia stato nominato).

Il ricorso alla Commissione viene maggioritariamente qualificato da dottrina e giurisprudenza come ricorso gerarchico improprio. La classificazione è sicuramente calzante in caso di rigetto del ricorso, in quanto in tal caso l'oggetto immediato dell'impugnativa al T.A.R. sarà la decisione negativa della Commissione, fornita all'uopo dalla necessaria legittimazione processuale⁶ (ferma naturalmente la possibilità, per il giudice amministrativo, di sindacare – ove ne ricorrono i presupposti – anche l'originario provvedimento impeditivo dell'accesso).

In caso di accoglimento del ricorso, peraltro, la Commissione non pronuncia un annullamento del provvedimento negativo impugnato, ma una dichiarazione di sua illegittimità che costituisce non già attività decisoria ma attività di controllo mediante motivato invito al riesame rivolto all'amministrazione. Di fronte a tale pronuncia l'autorità disponente può confermare entro trenta giorni il diniego con motivazione che tenga conto dei rilievi mossi dalla Commissione, (nel qual caso non resterà all'accedente che la via del ricorso al TAR) oppure prestare acquiescenza e consentire l'accesso.

Tale alternativa rappresenta, peraltro, lo sviluppo fisiologico del rapporto fra amministrazione e cittadino. Possono verificarsi, invece, due ipotesi patologiche: una conferma immotivata del provvedimento di diniego o un diniego espresso o tacito nonostante la mancata emanazione del provvedimento confermativo del diniego nei trenta giorni.

Nel primo caso il rimedio sembra essere, ovviamente, quello di un ricorso al TAR da decidersi con l'annullamento dell'atto confermativo sulla base del semplice rilievo del non aver l'amministrazione tenuto conto degli argomenti addotti dalla Commissione nella sua decisione⁷. Nel secondo caso, oltre all'ovvio rimedio della denuncia penale del funzionario responsabile per violazione dell'art. 328 c.p., sembra poter soccorrere ancora una volta il ricorso al TAR per elusione o inesecuzione di decisioni amministrative⁸ attesa la carenza di qualunque potere coercitivo in capo alla Commissione⁹.

Nel procedimento dinanzi alla Commissione la novella del 2005 ha, poi, inserito un sub-procedimento incidentale eventuale. Se l'accesso è stato

⁵ cfr Relazione per l'anno 2007.

⁶ T.A.R. Lazio, I, dec. 17.3.08 n. 2405.

⁷ T.A.R. Lazio, III ter, dec. 3.4.08 n. 2835.

⁸ F. Caringelli, R. Garofoli, M. T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè 2007, 664.

⁹ W. Giulietti, op. cit., 789.

negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione deve, infatti, chiedere parere al Garante per la protezione dei dati personali, che deve pronunciarsi entro un termine perentorio di dieci giorni, trascorso il quale il parere si intende reso.

Analoga previsione è dettata per procedimenti di competenza del Garante, quando un problema di accesso interferisca con il trattamento di dati personali.

I due subprocedimenti, benché logicamente speculari, sono diversamente disciplinati. Innanzitutto il parere che la Commissione rende al Garante è qualificato come “obbligatorio e non vincolante” mentre quello che il Garante rende alla Commissione è privo di ogni qualificazione. Ferma la obbligatorietà della richiesta, implicita nella formula “la Commissione provvede sentito il Garante”, sembrerebbe doversi desumere che il parere del Garante, se reso, sia vincolante per la Commissione.

Altra diversità della disciplina può rilevarsi nel termine assegnato per la resa del parere, trascorso inutilmente il quale l’organo decidente procede ugualmente. Tale termine è infatti di dieci giorni per il Garante e di quindici per la Commissione.

Altra differenza – difficilmente spiegabile – sta nel fatto che solo per il Garante e non anche per la Commissione la richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia. La relativa lacuna è stata peraltro colmata (forse non del tutto legittimamente) dall’art. 12, comma 6, del d.P.R. 184/2006 il quale prevede che quando venga richiesto il parere del Garante, il termine per la decisione è prorogato di venti giorni.

La normativa, contenuta nel novellato art. 25 della legge 241/90 contiene, poi, una vistosa lacuna: i sub-procedimenti incidentali sopra descritti sono contemplati soltanto con riguardo alla Commissione per l’accesso e non anche con riguardo al difensore civico. Il che comporta una differenza di garanzie procedurali della quale è difficile scorgere la ragionevolezza. Né sembra soccorrere l’art. 12 comma 10 del d.P.R. 184/2006 che estende al difensore civico, in quanto compatibile, la relativa disciplina (che contempla anche il parere del Garante) per ovvio rispetto della gerarchia delle fonti.

3. in particolare: b) il procedimento dinanzi alla Commissione

Il procedimento dinanzi alla Commissione è minuziosamente regolato dal d.P.R. 184/2006, in particolare dall’art. 12, il quale prevede che il ricorso alla Commissione – proponibile sia dall’accedente che dall’eventuale controinteressato in caso di accoglimento dell’istanza di accesso – debba essere indirizzato alla Commissione per l’accesso nei termini di legge per raccomandata A.R. via fax o telematicamente e debba contenere – a pena di inammissibilità – le generalità del ricorrente, la sommaria esposizione dei fatti

e l'indicazione dell'indirizzo cui dovranno pervenire - anche via fax o telematicamente - le decisioni della Commissione.

Ad esso debbono essere allegati - sempre a pena di inammissibilità - il provvedimento impugnato (salvo, ovviamente, il caso di silenzio rigetto) e le ricevute dell'avvenuta spedizione (con raccomandata A.R.) di copia del ricorso ai controinteressati ove individuati già in sede di presentazione della richiesta di accesso.

Con riguardo ai controinteressati, il regolamento prevede anche che "ove la Commissione ravvisi l'esistenza di controinteressati non già individuati nel corso del procedimento, notifica ad essi il ricorso" per garantire l'integrità del contraddittorio.

Le sedute della Commissione, che non sono pubbliche, sono valide con la presenza di almeno sette componenti e le sue deliberazioni sono adottate a maggioranza dei presenti.

Le decisioni della Commissione sono di irricevibilità in caso di ricorsi tardivi, di inammissibilità in caso di ricorsi proposti da soggetti non legittimi o privi dell'interesse differenziato qualificante previsto dalla legge o privi dei requisiti e degli allegati di cui sopra; di accoglimento o di rigetto in ogni altro caso.

Il regolamento ha cura di precisare che la decisione di irricevibilità o di inammissibilità non preclude una riproposizione della richiesta di accesso e la proposizione del ricorso alla Commissione avverso le nuove determinazioni o il nuovo comportamento del soggetto che detiene il documento¹⁰.

Un problema di particolare delicatezza è quello della integrazione del contraddittorio con i controinteressati, cioè "i soggetti individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto che, dall'esecuzione dell'accesso, vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza" (art. 22, co. 7, lett. c) della legge 241/90 nel testo novellato).

Il regolamento del 2006 contiene in proposito tre norme non del tutto coordinate fra di loro, e cioè l'art. 12, 4° comma lettera b), il quale prevede, come requisito di ammissibilità del ricorso, l'allegazione ad esso della prova della spedizione mediante raccomandata del ricorso ai controinteressati "ove individuati già in sede di presentazione della richiesta di accesso"; il precedente art. 3 il quale fa carico all'amministrazione acceduta, se individua soggetti controinteressati, di comunicare ad essi copia dell'istanza di accesso per consentire loro una motivata opposizione; l'art. 12 comma 5 che fa carico alla Commissione, che ravvisi l'esistenza di controinteressati non già individuati nel corso del procedimento, di notificare ad essi il ricorso.

Nonostante la presenza di una giurisprudenza assai concessiva nei confronti dell'accendente, che fa carico alla sola Amministrazione dell'obbligo di

¹⁰ Tale norma sembra doversi interpretare nei limiti consentiti da Cons. Stato Ad. Plen. 18.4.2006 n. 6, secondo cui è inammissibile un'istanza di accesso che reiteri puramente e semplicemente quella precedentemente respinta.

individuare e chiamare alla partecipazione al procedimento i controinteressati¹¹ la Commissione, dopo alcune iniziali oscillazioni, ha adottato la linea di interpretare la normativa in esame come se al posto del partecipio passato “individuati” dovesse leggersi l’aggettivo “individuabili”. In altri termini se l’individuabilità esisteva già al momento della presentazione dell’istanza di accesso, l’onere della notificazione del ricorso ai controinteressati ricade sull’accidente.

Se l’individuabilità si presenta dopo tale presentazione all’amministrazione, ad essa amministrazione competranno le relative comunicazioni ancorché la loro mancanza emerga in sede di procedimento dinanzi alla Commissione.

Se l’individuabilità emerge solo in sede di Commissione, ad essa spetteranno gli incumbenti per l’integrazione del contraddittorio.

Stranamente non era previsto né dalle leggi né dal Regolamento l’onere della notificazione del ricorso all’amministrazione acceduta: tale lacuna è stata rilevata dalla Commissione che ha suggerito al Governo le necessarie modifiche normative¹². Il suggerimento è stato prontamente accolto e realizzato con l’adozione della norma di cui all’art. 8 della l. 18.6.2009 n. 69.

4. L’attività svolta dalla Commissione con particolare riguardo ai momenti più significativi. La fase iniziale dell’attività della Commissione è stata caratterizzata da una serie di iniziative destinate, in qualche modo, a caratterizzare l’attività degli anni successivi, e quindi anche quelle successive alle riforme del 2005.

Un primo impegno assunto su indicazione del Sottosegretario alla Presidenza *pro tempore* fu la redazione dello schema di Regolamento che, con poche modifiche, doveva diventare il D.P.R. 27.6.92 n. 352¹³.

Una seconda iniziativa fu quella di diramare circolari e direttive a tutte le Amministrazioni. Prima di esse quella sollecitatoria dell’invio dei regolamenti disciplinanti casi di esclusione dall’accesso, possibilmente su supporto magnetico, supporto propedeutico alla instaurazione di un archivio informatizzato dei regolamenti poi pienamente realizzato; quella sulla non soggezione al bollo delle copie rilasciate in sede di accesso e sulla trasmissione di uno schema tipo di regolamento come modello di tecnica redazionale per tutte le amministrazioni.

Una terza iniziativa fu quella editoriale che dette vita alla collana di volumi annuali identificata con il titolo “L’accesso ai documenti amministrativi”, contenente tutte le più rilevanti notizie relative all’accesso ed all’attività della

¹¹ T.A.R. Campania, sez. V, dec. 4.1.07 n. 39; Cons. Stato, VI, 25.6.07 n. 2954.

¹² Relazione per l’anno 2007.

¹³ cfr. Relazione per l’anno 1994.

Commissione e giunta oggi al tredicesimo volume, cui vanno aggiunti, da qualche tempo, degli aggiornamenti quadrimestrali¹⁴.

Una quarta iniziativa fu quella di monitorare mediante audizioni lo stato di attuazione della legge 7.8.1990 n. 241.

Furono quindi sentiti i rappresentanti designati da tutti i principali ministeri, interpellati numerosi Comuni e numerose Prefetture, invitate a segnalare i casi più ricorrenti e significativi di inosservanza della legge sull'accesso.

Il risultato, per la verità non molto incoraggiante, fu la constatazione che l'attuazione della legge sull'accesso appariva lontana dall'essere compiuta¹⁵.

Particolare importanza ebbe, naturalmente, la funzione consultiva.

Tra gli avvisi più rilevanti espressi in fase iniziale vi fu quello di ritenere che la Commissione – quale guardiano della trasparenza – fosse tenuta a rispondere a qualsiasi privato, anch'esso legittimato a richiedere pareri alla Commissione, così anticipando in qualche modo quella funzione giustiziale che doveva essere attribuita nel 2005¹⁶; quelli sulla accessibilità dei trattamenti economici tabellari dei pubblici dipendenti (con esclusione dei dati da cui si potesse risalire a notizie riservate, quali ad es. la cessione di una quota di stipendio) sulla inaccessibilità dei test psico-attitudinali¹⁷ e sui rapporti fra accesso ex lege 241/90 ed accesso ex lege 142/90.

Questo ultimo parere dette vita anche ad una direttiva in cui si precisava quanto segue: “Il termine cittadini, di cui all’art. 7 della legge sulle autonomie locali, deve essere interpretato nel senso che la speciale disciplina dell’accesso, ivi prevista, si applica solo ai cittadini residenti nella provincia o nel comune. Ciò in quanto solo l’appartenenza alla comunità locale, e la conseguente esigenza di controllo sulla gestione amministrativa degli interessi che coinvolgono gli appartenenti a quella comunità, può giustificare l’applicazione delle speciali disposizioni della legge 142/90 in tema di legittimazione all’accesso. Infatti, la legge n. 241/90 non circoscrive la titolarità del diritto di accesso ad una o più categorie di soggetti; “chiunque” può esercitarlo, a norma dell’art. 22; tuttavia ne consente l’esercizio solo in funzione della tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. Invece la legge n. 142/90, riconosce il diritto solo ai cittadini (e non a “chiunque”) ma non prevede limiti sul piano dell’interesse, in quanto i cittadini possono accedere non solo ai documenti, ma anche alle informazioni in possesso degli enti locali per soddisfare qualunque tipo di interesse, quindi senza onere di motivazione.”

Entrambe le leggi, pertanto, prevedono dei limiti riguardo alla legittimazione all’accesso, ma ben diversi: la legge n. 241/90 in relazione all’interesse, la legge

¹⁴ Relazione per l’anno 2006.

¹⁵ Relazione per il 2000.

¹⁶ Relazione per il 1994.

¹⁷ Relazione per il 2001-2002.

n. 142/90 in relazione allo *status* di cittadino dell'ente locale¹⁸. Tale parere è tuttora tenuto fermo dalla Commissione nelle sue linee – guida nonostante un più restrittivo pronunciato dei giudici amministrativi, che richiedono anche per l'accesso del cittadino dell'ente locale una situazione legittimante analoga a quella prevista dalla legge 241/90¹⁹.

Ciò però avviene perché la tendenza giurisprudenziale di cui sopra non si è ancora consolidata.

La Commissione è, infatti, ben conscia di quale sia, nella scala dei valori, la gerarchia degli organi deputati a fornire giustizia nell'amministrazione e si adegua, quindi, alla giurisprudenza dei giudici amministrativi quando sia divenuta diritto vivente.

Nel quadro del potere di proposta al Governo, la Commissione, nella sua relazione alle Camere ed al Presidente del Consiglio per il 1994, così concludeva: “Come sottolineato più volte una delle funzioni primarie della Commissione, cioè la vigilanza sull'attuazione del principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione (art. 27, quinto comma della legge n. 241/90), non può essere efficacemente esercitata soprattutto a causa della mancanza di adeguati poteri istruttori e sanzionatori o di impulso e sostituzione nei confronti delle amministrazioni inadempienti. Di qui la necessità di una riforma legislativa che, tenendo conto delle innovazioni intervenute a livello di normazione primaria, dopo l'elaborazione dell'originario testo normativo, elimini le incertezze della legge sia riconoscendo esplicitamente alla Commissione i poteri necessari per esercitare i compiti che le sono stati affidati, sia attribuendole un ruolo più incisivo modellato sulla figura dell'Authority, analogamente a quanto previsto per garantire l'attuazione di altre leggi di pari rilevanza”.

Tale proposta veniva puntualmente rinnovata – con scarso successo – in occasione della redazioni di tutte le successive Relazioni.

Uno dei problemi più delicati che la Commissione dovette affrontare fu quello del bilanciamento fra accesso e riservatezza: problema che, all'inizio, il legislatore del 1996 (L. 31.12.96 n. 675) aveva sbrigativamente risolto con un rinvio alla disciplina dell'accesso, che privilegiava la trasparenza, purché funzionale al diritto di difesa.

La Commissione rese in proposito alcuni importanti pareri. Si segnalano, in particolare quelli relativi all'accesso agli atti concernenti l'identità dei genitori biologici degli adottati²⁰.

¹⁸ Relazione per il 1995.

¹⁹ Cons. Stato, V, dec. 29.11.2004 n. 7773. Contra, TAR Lecce, sez. II, dec. 12.4.2005 n. 2067; TAR Marche Sez. I, dec. 3.4.2006 n. 101.

²⁰ Allegati alla Relazione per il 2003.

Attualmente, come è noto, il problema è risolto dalla articolata disciplina di cui all'art. 24, 7° comma della novellata L. 241/90 che contempla ben quattro gradi di relativa durezza e cedevolezza reciproche di trasparenza e riservatezza a seconda della importanza degli interessi a cui sono funzionali. L'art. 24 della legge 241 del 1990, modificato dalla l. n. 15 del 2005 afferma che “Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”.

Il diritto di accesso, quindi, necessario a curare o difendere interessi giuridicamente rilevanti, è sempre prevalente sulla riservatezza del terzo anche se si tratta di dati sensibili, a meno che non si tratti di dati supersensibili, ovvero quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale del terzo. In questi casi, il responsabile del procedimento, in base ad una valutazione in concreto, potrà dare prevalenza al diritto di accesso solo se la situazione rilevante sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato²¹.

Altro delicatissimo problema che la Commissione dovette affrontare in seguito fu quello della propria competenza nei confronti delle autonomie locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione.

La soluzione adottata – tuttora valida – fu quella di ritener che la Commissione conservasse la sua competenza al solo fine di sindacare il rispetto, da parte delle Regioni e degli enti minori, dei livelli minimi essenziali di trasparenza garantiti dalle leggi dello Stato, salva la introduzione di ulteriori e più pregnanti forme di garanzia sulle quali la Commissione non avrebbe avuto *os ad loquendum*.

Un ulteriore contributo non trascurabile della Commissione fu quello di proporre al Governo le linee ispiratrici di quella che – con riguardo all'accesso – doveva diventare la novella del 2005 ed ulteriore contributo è stato quello fornito in sede di sua prima applicazione.

E' noto, infatti, che alcune fra le più importanti innovazioni (tra cui quella che conferiva alla Commissione poteri giustiziali) avrebbero avuto effetto non già dall'entrata in vigore della legge, bensì dal giorno dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento, sostitutivo del d.P.R. 352/92.

Orbene, l'*iter* formativo di quello che sarebbe stato il più volte citato d.P.R. 12.4.2006 n. 184 fu particolarmente lungo e complesso, soprattutto per quanto riguarda la sua applicabilità a Regioni ed Enti locali.

²¹ Sul punto, Cons. St., Ad. Plen., 4 febbraio 1997, n. 5; Cons. St., 16 maggio 2008, n. 2511; parere della Commissione del 16 ottobre 1998.

Esso entrò, quindi, in vigore soltanto il 2.6.2006, essendo stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18.5.2006, ponendo alla Commissione una serie di problemi.

Innanzitutto quello organizzativo, che imponeva al Collegio di decidere i ricorsi entro trenta giorni pena la formazione di un silenzio rigetto poco o punto congruente con la sua missione di garante – anche giustiziale – della trasparenza.

In secondo luogo quello funzionale del destino da dare ai ricorsi pervenuti in data posteriore all'entrata in vigore della novella ma anteriore al 2.6.2006 e che, a stretto rigore, avrebbero dovuto essere dichiarati inammissibili.

Entrambi i problemi furono risolti nel senso della massima garanzia da fornire al cittadino e quindi il primo con una accelerazione dei tempi di convocazione della Commissione, che hanno assunto una cadenza inframensile, tanto che non risulta essersi mai formato, ad oggi, alcun silenzio-rigetto, il secondo attraverso l'*escamotage* di interpretare il ricorso inammissibile come richiesta di parere, come tale da prendere in esame al fine di consentire alla Commissione di esprimere un avviso idoneo ad orientare immediatamente in modo legittimo l'operato della Amministrazione²², in coerenza con quella vocazione di garante della trasparenza che la Commissione ha sempre osservato.

Dal punto di vista organizzativo è interessante notare che l'Ufficio di supporto della Commissione (Dipartimento per il Coordinamento amministrativo) ha completato l'informatizzazione a suo tempo iniziata.

Funzionano, infatti, a regime le banche dati che contengono gli archivi dei regolamenti, dei pareri e dei ricorsi e la Commissione è titolare di un proprio sito su internet.

Per concludere questo breve *excursus* sulla attività della Commissione, svolto, ovviamente, senza nessuna pretesa di completezza e volto solo ad accennare ai momenti più significativi della sua attività, sembra di poter cogliere un filo rosso che collega tutte le relazioni annuali al Parlamento ed al Presidente del Consiglio e che, da un lato, attiene ad una diagnosi sul grado di metabolizzazione del principio di trasparenza da parte della pubblica Amministrazione, dall'altro al grado di effettività dell'azione della Commissione.

Orbene, nell'arco di un quindicennio le “considerazioni conclusive” non sono molto cambiate con riguardo a questi due temi.

Se all'inizio la metabolizzazione era considerata insoddisfacente, all'attualità essa è valutata come non pienamente soddisfacente.

Quanto, poi, all'effettività dell'azione della Commissione nulla è cambiato rispetto alle sempre ripetute doglianze di carenza totale di ogni potere coercitivo nei confronti delle amministrazioni inadempienti.

²² Relazione per l'anno 2006.

5. Natura giuridica della Commissione

Sulla natura giuridica della Commissione è stato detto tutto ed il contrario di tutto, sia prima che dopo la novella del 2005. Già nel 1992 la sua configurazione giuridica veniva problematicamente descritta con i seguenti interrogativi: “organo temporaneo della Presidenza del Consiglio dei Ministri? Ufficio di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio? Struttura di raccordo fra Parlamento, Amministrazioni, Governo?”²³

All’indomani della novella del 2005 l’interrogativo si riproponeva in altra forma addirittura nel titolo di uno scritto di Simoncini che suonava provocatoriamente così: “La riforma della Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi: crescita o aborto di un’autorità indipendente?”²⁴

Unico punto sul quale esiste una certa concordia di opinioni è che la sua composizione la rende in qualche modo più rappresentativa dello Stato-comunità che non dello Stato-apparato e che le funzioni che le sono attribuite postulano una posizione di imparzialità.

Il che comporterebbe come logica conseguenza la sua configurazione come Autorità indipendente²⁵. Istanza, questa, che fu avanzata dalla Commissione fin dal suo primo rapporto al Parlamento ed al Presidente del Consiglio.

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, come sopra detto, alle suggestioni del modello francese ed all’*Ombudsman* e la data della sua approvazione da parte del Parlamento (inizio del decennio successivo) che tale ispirazione recepì.

Tale periodo di tempo, pur breve rispetto al respiro lungo della storia, fu, all’epoca, particolarmente significativo perché al momento dell’elaborazione di studio non erano ancora prepotentemente apparse sull’orizzonte delle istituzioni straniere da importare nel nostro ordinamento quelle Autorità indipendenti che tanto successo ebbero, invece, nel decennio successivo ed il cui modello era molto più congruente con le funzioni attribuite alla Commissione.

Purtroppo nemmeno la novella del 2005 ha saputo fare chiarezza, aumentando anzi, se mai, la confusione, in quanto alla introduzione di innovazioni che potenziano le caratteristiche di neutralità e paragiurisdizionalità delle funzioni attribuite alla Commissione si

²³ C. Biagini, Brevi riflessioni sulla Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Vol. I, 157.

²⁴ www.astridonline.it

²⁵ In tal senso C. Gessa, in Commento alla L. 241/90 (autori vari) in *Prime note*, 1990, n. 10/11, 148.

accompagnano, contraddittoriamente, modifiche normative 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 e coerente con tale innovazione appare sia 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 apparentemente così perseguita appare la norma che equiordina (anche se non completamente) la Commissione al Garante per la protezione dei dati personali (cioè ad una Autorità indipendente per tale pacificamente riconosciuta) in caso di interferenza fra i relativi procedimenti.

Nella seconda direzione si muovono, invece, contraddittoriamente, 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.

Ancora: il supporto tecnico-scientifico della Commissione è assicurato da esperti nominati ai sensi dell'art. 29 della legge 23.8.88 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 la classica occasione mancata per una riforma coerente. Le buone intenzioni che la ispiravano sono rimaste a metà del guado, realizzate solo parzialmente e contraddette da innovazioni che si muovono in direzione opposta.

Nel concreto, gioverà, però, rilevare che nell'arco più che trilustre 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, come si confida di aver illustrato nel precedente paragrafo, e tutto ciò, sia detto per amore di verità, senza aver mai subito, da nessuno dei governi succedutisi dal 1991 ad oggi,

condizionamenti di alcun genere. E questo sia quando – come il più delle volte è accaduto – il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, Presidente e membro di diritto della Commissione, premuto da più impellenti incombenze si disinteressava della Commissione, sia quando – più raramente (e meritoriamente) – ha ritenuto di presiederla con continuità ed effettività.

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.

Ciò di cui si è sempre doluta e continua a dolersi è, peraltro, la totale mancanza di quei poteri coercitivi, sostitutivi e sanzionatori necessari a rendere effettiva 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'accidente non resta altra via che la denuncia penale ed il ricorso al T.A.R., restando così inutilizzato tutto il procedimento svoltosi dinanzi alla Commissione stessa.

Come già accennato precedentemente, anche di fronte alle più patenti violazioni del principio di trasparenza da parte delle amministrazioni, la Commissione ha, infatti, il solo potere di denunciare il fatto nel rapporto annuale al Parlamento ed al Capo del Governo.

Questo ricorda molto da vicino quanto è stato ironicamente scritto da un grande giurista inglese sul “*Council on Tribunals*”, collegio britannico privo di poteri coercitivi e definito, quindi, “cane da guardia che può abbaiare, ma non mordere”²⁶.

²⁶ W. Wade, *Administrative Law*, 6° ed., Clarendon Press, Oxford, 915-916.

1.4 Relazione del Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Salvatore Giacchetti

Il diritto d'accesso tra segreto d'ufficio e trasparenza "totale" (Lisbona permettendo)

Sommario

- 1- *Problemi generali del diritto d'accesso.*
- 2- *La preistoria del diritto d'accesso: il segreto d'ufficio. Il testo originario dell'art. 15 del dPR n. 10 gennaio 1957 n. 3.*
- 3- *Il testo attuale dell'art. 15 del dPR n. 3/1957, introdotto dall'art. 28 della legge n. 241/1990.*
- 4- *Il principio generale del diritto d'accesso, sancito dall'art. 22, comma 2, della legge n. 241/1990, come modificato dall'art. 10 della legge 18 giugno 2009 n. 69; i suoi limiti interni soggettivi, oggettivi e funzionali. Superdiritto o gigante dai piedi d'argilla? Diritto strumentale o bene in sé? L'attuale crisi del sistema.*
- 5- *I limiti esterni del diritto d'accesso: i segreti di Stato, istruttorio, professionale, scientifico o industriale. Gli appalti segreti dei dirigenti generali. La tutela della riservatezza.*
- 6- *Il reato di violazione del segreto d'ufficio: la sentenza 12 settembre 2009 n. 39706 della Corte di cassazione penale, Sezione VI, afferma la "imprescindibilità della previsione normativa degli atti che devono rimanere segreti", che sono pertanto tutti atti tipici, ed il principio che "tutto ciò che non è segreto è accessibile": perplessità circa l'esattezza della bipartizione stabilita da tale principio, che non prevede la specifica area della riservatezza.*
- 7- *L'accesso limitato previsto dalla legge 241/1990 e la trasparenza "totale", sancita dagli artt. 11 e 74 del decreto legislativo Brunetta 27 ottobre 2009 n. 150. La veemente reazione del Garante della protezione dei dati personali, anche in nome dei diritti fondamentali dell'UE alla riservatezza e alla tutela dei dati personali come recepiti dal Trattato di Lisbona del 2007.*
- 8- *La nuova testa di ponte dell'accesso nell'area della riservatezza stabilita dalla sentenza della Cassazione civile 9 luglio 2010 n. 16236, in nome del diritto d'inchiesta giornalistica. Da parte di chiunque? La pratica riaffermazione, per altra via, del principio che "tutto ciò che non è segreto è accessibile", già enunciato dalla Cassazione penale.*
- 9- *Esiste ancora la necessità che la legge n. 241/1990 rechi un'apposita disposizione sulla violazione del segreto d'ufficio?*
- 10- *Uno strano quartetto. La necessità di un salto di qualità del diritto d'accesso, da garanzia giustiziale ad interesse europeo in quanto fattore di produzione, con conseguente nuovo e più ampio ruolo della Commissione per l'accesso.*

1- Problemi generali del diritto d'accesso.

Oggi per gran parte di noi il diritto d'accesso ai documenti amministrativi è come una carta di credito, da tenere distrattamente nel proprio portafoglio giuridico, nell'eventualità che serva. Sembra ormai uno strumento scontato, quasi banale, senza problemi. Sembra. Ma invece è uno strumento che presenta molti problemi sia sul piano sistematico generale, sia sul piano

sistematico specifico dell'istituto, sia - di conseguenza - sul piano operativo concreto.

Sul piano sistematico generale il diritto d'accesso fa parte di un paniere di concetti – quali il segreto, il segreto d'ufficio (che con il segreto in senso stretto ha poco da spartire), la riservatezza, la trasparenza, il riutilizzo delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione – che si presuppongono e si condizionano a vicenda, nel senso che ciascuno di essi tende naturalmente ad allargarsi a spese degli altri e si trova quindi in perpetuo equilibrio dinamico; concetti che quindi razionalmente dovrebbero essere inseriti in un sistema unitario che li comprenda armonicamente tutti in una disciplina omogenea e coordinata. Ma purtroppo ognuno di questi concetti ha una sua disciplina autonoma; il che dà luogo a gravi difficoltà interpretative perfino in relazione ai livelli essenziali delle prestazioni che le amministrazioni pubbliche sono tenute ad erogare ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione.

Sul piano sistematico specifico il diritto d'accesso, come diritto soggettivo, presenta singolari incongruenze che lo rendono da una parte molto potente e dall'altra molto fragile: un gigante dai piedi d'argilla.

Conseguenza pratica di tutto ciò è che sul piano operativo concreto esistono tuttora profonde incertezze applicative, come dimostrano alcune recenti sentenze della Cassazione ed una ancora più recente presa di posizione del Garante della *privacy*.

Per meglio mettere a fuoco l'analisi di questi tre piani è opportuno risalire per un momento allo statuto del 1848, che ha preceduto la Costituzione repubblicana.

2- La preistoria del diritto d'accesso: il segreto d'ufficio. Il testo originario dell'art. 15 del dPR n. 10 gennaio 1957 n. 3.

Lo statuto albertino del 1848 affermava: “*La persona del re è sacra e inviolabile*” e “*Al re solo appartiene il potere esecutivo*”; e così delineava la figura di un re tale anche “per grazia di Dio” e padrone assoluto del potere esecutivo, dato che - almeno nelle intenzioni originarie dello Statuto – non solo comandava “*tutte le forze di terra e di mare*” ma anche dichiarava la guerra e faceva trattati di pace, di alleanza e di commercio “*dandone notizia alle camere*” - bontà sua - “*tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il consentano*”. In una situazione di questo genere andare ad ingerirsi negli affari di una pubblica amministrazione che risaliva a piramide alla persona del sovrano, in cui s'impersonava, costituiva una pretesa giuridicamente insostenibile di ingerirsi in una cosa altrui; pretesa non solo temeraria, perché ognuno delle cose sue può fare quello che crede, ma addirittura al limite della blasfemia, dato il preteso concorso divino nell'investitura del sovrano. Ne conseguiva che sull'attività amministrativa,

specie su quella ad alto livello, gravava - di fatto - un monolitico plumbeo segreto d'ufficio, con conseguente generalizzata esclusione del diritto d'accesso.

La successiva evoluzione costituzionale non comportò grandi modifiche. Il potere esecutivo, salvo modeste aree relative per lo più agli enti locali, ben presto in gran parte si trasferì - di fatto - dal re al governo e alle camere (è noto l'episodio di Vittorio Emanuele II, che per affermare la sua autorità disse a Cavour "Io sono il re"; e Cavour gli ribatté duramente "Il re sono io"). Ma questa traslazione di poteri non ebbe alcuna significativa conseguenza sul segreto d'ufficio. La contesa politica era soltanto su chi il potere dovesse detenerlo; ma a questa contesa era estranea l'idea che il potere andasse condiviso con i pur "*amatissimi sudditi*", come li definiva magnanimamente lo statuto, peraltro con una espressione in cui l'affettuosa levità del superlativo assoluto non riusciva a compensare la soffocante pesantezza del sostantivo, e che manifestava una mentalità analoga a quella che taluni stati mantengono nei confronti delle donne. In questo clima il codice Rocco del 1930, all'art. 326, tuttora vigente, previde espressamente che la violazione del segreto d'ufficio costituisse reato.

L'attuale Costituzione repubblicana ripudiò il termine "sudditi" sostituendolo con "cittadini", ai quali riconosceva la pari dignità sociale; ma quando poi si trattò di precisare, all'art. 98, i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini si limitò ad affermare che i pubblici impiegati "*sono al servizio esclusivo della Nazione*", concetto quest'ultimo per la verità piuttosto vago ed astratto, che aveva un senso nel risorgimento, quando forte era la pulsione verso l'unità etnica degli italiani in un unico Stato, ma che oggi - purtroppo - appare fuori moda, malgrado autorevolissime prese di posizione in contrario; e comunque l'art. 98 non ebbe all'inizio un seguito apprezzabile, perché una cosa è parlare di "Nazione", che non è un corpo organizzato con propri vertici, sicché nessun semplice cittadino può ritenersi legittimato ad agire in nome e per conto di essa, altra cosa è parlare di "cittadini" (e non più di "sudditi"), ciascuno dei quali ha una sua autonoma legittimazione ad agire. In pratica i "cittadini" restavano "sudditi" nei confronti della pubblica amministrazione; e questo senza neanche la consolazione di continuare a sentirsi "*amatissimi*". A dieci anni dalla Costituzione il dPR 10 gennaio 1957 n. 3, testo unico sul pubblico impiego, riaffermava ancora all'art. 15 il principio di un segreto d'ufficio generalizzato, la cui violazione da parte del pubblico impiegato poteva determinare - a parte le eventuali conseguenze penali - la perdita di parte dello stipendio e addirittura la decadenza dall'ufficio. La disposizione originaria così recitava:

"L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio e non può dare a chi non ne abbia diritto, anche se non si tratti di atti segreti, informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti

od operazioni amministrative di qualsiasi natura ed a notizie delle quali sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio, quando possa derivarne danno per l'Amministrazione o per i terzi.

Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia, a chi ne abbia interesse, copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti o dal capo del servizio.”

La norma originaria quindi:

- a) negava la divulgazione di atti d'ufficio (così proibendo, indirettamente, l'accesso) “*a chi non ne abbia diritto*” consentendola “*a chi ne abbia interesse*”; previsione questa alquanto oscura e apparentemente contraddittoria;
- b) negava la divulgazione e l'accesso “*quando possa derivarne danno per l'Amministrazione o per i terzi*”; con il che, peraltro, considerata anche la difficoltà concreta di escludere con sicurezza in via preventiva la possibilità di eventuali danni futuri, il risultato pratico era che gli atti dell'amministrazione erano – almeno tendenzialmente – tutti segreti;
- c) presentava così, in concreto, un'impostazione di *segreto d'ufficio generalizzato*, che svuotava di contenuto reale l'asserita esclusione del segreto stesso nei “casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti”, tanto più che in ogni caso poteva scattare, come norma di chiusura, quella che attribuiva al capo del servizio il potere di stabilire il divieto in base ad una sua valutazione pienamente discrezionale;
- d) tale segreto d'ufficio, che potremmo definire “segreto amministrativo”, non coincideva peraltro con il segreto in senso tecnico, come risultava chiaramente dal primo comma dell'articolo in esame, che prevedeva l'obbligo del segreto d'ufficio “*anche per gli atti non segreti*”. Non aveva quindi carattere oggettivo, determinato dal tipo di atto: costituiva semplicemente l'effetto di un vincolo disciplinare che oggi definiremmo di “riservatezza”, la cui violazione poteva dar luogo a sanzioni amministrative, civili e penali.

3- Il testo attuale dell'art. 15, introdotto dall'art. 28 della legge n. 241/1990.

Dopo qualche tentativo settoriale, la spallata innovatrice venne data negli anni 80 dalla commissione Nigro, che anche sulla base delle esperienze dei paesi di più antica democrazia, quali i paesi anglosassoni e quelli nordici, recepì la teoria dell'amministrazione “casa di vetro”, ai cui atti chiunque avrebbe dovuto avere diritto d'accesso. Ma questa teoria, a cui hanno poi dato corpo e vita gli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, era troppo proiettata nel futuro, troppo in anticipo sulla mentalità dominante. E così la naturale resistenza dell'apparato politico amministrativo, poco incline a trasformarsi da potere in servizio, fece sì che il testo finale della neonata disciplina del diritto d'accesso ne uscisse ridimensionato, riconoscendo in linea di principio che “*tutti i documenti amministrativi sono accessibili*” (art. 22, comma 3) ma

subordinando poi il diritto d'accesso ad una serie di limiti soggettivi, oggettivi e funzionali (v. successivo n. 4).

A seguito di ciò il testo originario dell'art. 15 del dPR n. 3/1957 venne sostituito dall'art. 28 della legge n. 241/1990, tuttora vigente, che recita:

*“L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto **informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o conclusione, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso.** Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento”.*

Il segreto d'ufficio è stato così sganciato dalla possibilità di danno (e cioè dalla potenziale lesività del chiesto accesso) e subordinato alla *non* esistenza di un diritto d'accesso.

Peraltro, anche la nuova e tuttora vigente formulazione non va esente da critiche e da perplessità. Infatti:

a) non è stato espressamente enunciato il presupposto logico del segreto d'ufficio: che sussista *la segretezza del segreto*, e cioè che non si tratti di notizia ormai nota, quanto meno nell'ambito del gruppo sociale in cui viene diffusa; il che, in presenza di eventuali notorietà in ambito ristretto o comunque di notizia non certa crea notevoli difficoltà applicative. Al riguardo la Cassazione ha opportunamente precisato che l'obbligo di mantenere segreto un determinato provvedimento cessa dal momento in cui esso ha effettiva esecuzione, esteriorizzandosi alla intera collettività; con la conseguenza che da tale momento la sua divulgazione non integra il delitto di cui all'art. 326, comma 1, c.p. (Cass. pen. Sez. VI, 15 marzo 2001, n. 20097);

b) il principio affermato nel primo periodo del citato art. 28 “*L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio*” è palesemente scoordinato con il principio affermato nel precedente art. 22, comma 3, della legge n. 241/1990, “*tutti i documenti amministrativi sono accessibili*”;

c) il secondo periodo è in parte sostanzialmente inutile (laddove non fa altro che affermare, in negativo, quali sono i limiti del diritto d'accesso) in parte contraddittorio (laddove collega il diritto d'accesso all'acquisizione di “*informazioni....ovvero notizie*”, mentre ai sensi dell'art. 22 tale diritto è collegato di regola ai “*documenti amministrativi*” e solo in base a norme speciali – in materia di tutela dei dati personali, ambientale o di enti locali – anche alle “*informazioni*” e alle “*notizie*”: art. 22, comma 4);

d) il terzo e ultimo periodo è superato dal disposto dell'art. 6, comma 6, del regolamento sull'accesso n. 184/2006, secondo cui responsabile del procedimento di accesso è non più l'impiegato preposto all'ufficio ma “*il dirigente, il funzionario preposto all'unità organizzativa o altro dipendente addetto all'unità competente a formare il documento o a detenerlo stabilmente*”.

A questa spinta ampliativa ne sono seguite altre: quelle del quasi contemporaneo testo unico degli enti locali n. 267/2000, che per quanto riguarda l'accesso ai documenti amministrativi ed alle notizie in possesso dei comuni e delle province ha lasciato cadere sia la condizione dell'interesse legittimante sia la condizione dell'esclusione delle semplici notizie e informazioni, modello a cui il legislatore si è poi conformato per l'accesso alle notizie ambientali, nonché quelle derivanti dalla pressione di un ordinamento comunitario, anch'esso tendenzialmente più orientato ad una trasparenza in senso oggettivo, sganciata cioè da uno specifico interesse personale e diretto del richiedente l'accesso. Questo orientamento ampliativo è stato però controbilanciato da una neonata tutela della riservatezza, che ha avuto il suo atto conclusivo nel decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, a sua volta controbilanciato dal decreto legislativo Brunetta 27 ottobre 2009 n. 150, che all'art. 11, comma 1, ha stabilito: “*La trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*” e “*costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*”, precisando all'art. 74 che la trasparenza, come tale, rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato. In una situazione come questa continuare a parlare di un generalizzato “segreto d'ufficio” è un palese anacronismo: tale segreto ormai può configurarsi solo se attenga ad atti o notizie che già siano *ex se* oggetto di segretazione o di vincolo di riservatezza. Da questo dovrebbe discendere che la divulgazione di documenti amministrativi né segreti né riservati non può più costituire violazione del segreto d'ufficio. Ma su ciò si tornerà al successivo n. 6.

4- *Il principio generale del diritto d'accesso, sancito dall'art. 22, comma 2, della legge n. 241/1990, come modificato dall'art. 10 della legge 18 giugno 2009 n. 69; i suoi limiti interni soggettivi, oggettivi e funzionali. Superdiritto o gigante dai piedi d'argilla? Diritto strumentale o bene in sé? L'attuale crisi del sistema.*

A seguito di tutte queste trasformazioni l'originario segreto amministrativo d'ufficio è dunque regredito, arroccandosi nel quadrilatero delimitato dal segreto di Stato, dal segreto istruttorio (a condizione di intenderlo come una cosa seria e non come un'araba fenice), dal segreto professionale e dal segreto scientifico o industriale (escludendo, per i limiti di questo studio, il segreto militare). Accanto a quest'area si è formata l'area semisegreta della riservatezza, e cioè degli atti che pur non essendo segreti sono ritenuti *ex lege* ugualmente ritenuti meritevoli di una propria tutela legislativa e quindi dichiarati non accessibili (salvo eccezioni connesse con la tutela giuridica degli interessati all'accesso). Tutto il resto è stato occupato dal diritto d'accesso.

Nell'ampia area in astratto accessibile la legge n. 241/1990 pone però tre ordini di limiti al diritto d'accesso:

- a) il limite soggettivo di uno specifico titolo di legittimazione, costituito dalla presenza di “*un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*” (art. 22, comma 1), con le citate eccezioni stabilite dalla normativa ambientale (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 68) e da quella sugli enti locali;
- b) il limite oggettivo che si tratti – almeno di regola - di accesso a “*documenti amministrativi*” in senso formale (art. 22, comma 1, b); sono escluse pertanto – almeno in via generale – le semplici “notizie” o “informazioni” non incorporate in un documento amministrativo;
- c) il limite del pari oggettivo dell'esclusione di determinate categorie di tali documenti, sia per motivi di riservatezza di interesse pubblico (art. 24, commi 1 e 6, lettere da a) a c)) sia per motivi di riservatezza di interesse privato (art. 24, commi 1 e 6, lett. d));
- d) ed infine il limite funzionale del divieto di esercitare un accesso “*preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*” (art. 24, comma 3).

4.1- Per quanto riguarda la legittimazione la legge (art. 22, 1, b) è perentoria: per ottenere l'accesso occorre che sussista un specifico interesse giuridicamente rilevante. La norma è correntemente giustificata dall'esigenza pratica di non appesantire troppo gli adempimenti dell'Amministrazione; preoccupazione peraltro sempre meno valida sia per la crescente pressione del diritto europeo sia perché l'attuale evoluzione informatica rende gli adempimenti in materia da parte dell'Amministrazione sempre più agevoli e rapidi.

La perentorietà dell'affermazione è però molto attenuata dal successivo art. 24, comma 7, secondo cui “*deve essere comunque garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*”. In base a questa disposizione è sufficiente una richiesta non palesemente illogica e giustificata con riferimento a tale necessità per ottenere l'accesso, dal momento che poi né il richiedente è tenuto a procedere effettivamente all'asserita necessità di cura o difesa né l'Amministrazione può - almeno, di regola - sindacare nel merito l'asserita necessità dell'accesso; sicché la disposizione del comma 7 può in molti casi risultare una sorta di *passpartout*. Resta peraltro fermo che, nel caso di dati personali sensibili, “*solo una lettura rigorosa, che escluda la assoluta prevalenza acritica di esigenze difensive anche genericamente enunciate, in effetti, appare idonea a sottrarre la medesima norma a dubbi di costituzionalità, per irragionevole sacrificio di interessi protetti di possibile rilevanza*

costituzionale e comunitaria” (Cons. Stato, Sez. IV, n. 1074/2009, in Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 297).

4.2- Per quanto riguarda i documenti amministrativi accessibili non può che rinviarsi a quanto precisato dall’art. 22, 1, d) ed e), della legge n. 241/1990, sottolineando che essi devono comunque consistere nella “*rappresentazione del contenuto di atti*”, e non nella rappresentazione di fatti materiali (quali ad esempio i tabulati telefonici, che sono qualificabili in termini di rappresentazione di eventi e non già in termini di rappresentazione del contenuto di atti, e che comunque attengono a dati personali, la cui tutela può essere richiesta solo all’autorità giudiziaria o con ricorso al Garante, ai sensi dell’art. 145 del codice per la protezione dei dati personali 30 giugno 2003 n. 196 (cfr. Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pagg. 100 e 147). Neppure sono qualificabili “documenti amministrativi” quelli che costituiscono la documentazione delle operazioni delle elezioni amministrative (TAR Sicilia, Palermo, Sezione III, n. 492/2009, in Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 306).

4.3- Per quanto poi riguarda il rapporto tra accessibilità (con relativa trasparenza dell’attività amministrativa) e riservatezza vale il disposto del già ricordato art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, con il solo limite che per i dati sensibili e giudiziari l’accesso è consentito “*nei limiti in cui sia strettamente indispensabile*”. Di fatto è quindi superata la disposizione dell’art. 60 del codice per la protezione dei dati personali, che prevede la necessità di una comparazione tra la situazione soggettiva oggetto di riservatezza e quello della situazione soggettiva alla quale è finalizzato l’accesso sulla base del rispettivo “rango”, termine giuridicamente spurio che ha già fatto versare fiumi d’inchiostro (cfr. Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 135).

Va però rilevato che trasparenza e accesso sembrano le due facce d’una stessa medaglia, di una stessa realtà vista da due lati opposti: quella del *dovere dell’amministrazione* e quella del *diritto dell’amministrato*. Se però andiamo ad analizzare le uniche disposizioni che possano illuminarci al riguardo sulle reali intenzioni del legislatore, e cioè gli artt. 22, comma 2, e 29, comma 2 bis, della legge n. 241/1990, come modificati dall’art. 10 della legge 18 giugno 2009 n. 69, ci rendiamo conto, con una certa sorpresa e contro l’opinione corrente, che il legislatore ha puntato la sua attenzione sulla faccia del dovere di trasparenza dell’amministrazione, lasciando in ombra la faccia del diritto d’accesso del singolo. Infatti l’art. 22, comma 2, stabilisce: “*L’accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorirne la partecipazione e di assicurarne l’imparzialità e la trasparenza*”; ed il successivo art. 29, comma 2 bis, aggiunge: “*Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’art. 117, secondo comma, lett. m), della Costituzione le*

disposizioni della presente legge.... concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa....”.

In questo quadro è molto significativo che il legislatore parli non di “diritto d’accesso” in senso soggettivo, con riferimento cioè all’interesse personale dell’accedente, ma di “accesso” in senso obiettivo, con riferimento cioè alle sue “rilevanti finalità di interesse pubblico”, che eleva a “principio generale dell’attività amministrativa” finalizzato ad assicurare “l’imparzialità e la trasparenza”, che a loro volta costituiscono com’è noto principi direttamente integrativi del precezzo costituzionale di “buon andamento” sancito dall’art. 97 della Costituzione. Il legislatore in questo modo concentra la sua attenzione essenzialmente sull’accesso come *dovere* della pubblica amministrazione finalizzato ad assicurare l’imparzialità e la trasparenza, considerati come beni in sé ed inscindibilmente interconnessi; e lascia in secondo piano l’accesso come *diritto soggettivo* dell’accedente, il cui esercizio finisce così col risultare una sorta di concorso esterno del privato alla giustizia nell’amministrazione. Non è un caso che la normativa europea non parli quasi mai di “trasparenza” ma di “obbligo di trasparenza”, finalizzato ad attestare il rispetto delle norme fondamentali dell’UE, ed in particolare il rispetto dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità e della parità di trattamento sanciti dagli articoli 12, 43 e 49 del Trattato.

4.4- La legge pone infine un limite funzionale, secondo cui l’accesso non può essere “*preordinato ad un controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni*” (art. 24, comma 3), oppure, come spesso si afferma, un controllo determinato da “mera curiosità”.

Ora, quest’ultima espressione andrebbe sbattuta in faccia a chi l’ha coniata.

In primo luogo perché postula che il cittadino non deve permettersi di pretendere di conoscere come viene amministrato e come vengono utilizzati i suoi soldi, opinione ancora aderente ad una concezione del mondo palesemente precostituzionale che ricorda tanto un gustoso episodio riferito da Montanelli (*Le stanze*, BUR, 1998, pag. 159): suo nonno, sindaco liberale e progressista di un paese della Toscana e capo dei notabili locali, un giorno ricevette una delegazione di villici che gli proposero l’istituzione di una biblioteca circolante; e lui, liberale e progressista, con sincero stupore obiettò: “O che bisogno avete di leggere? A leggere ci si pensa noi”. Insomma secondo la corrente concezione di allora “leggere” (e cioè il potere reale) non era cosa loro, dei villici, ma cosa nostra.

In secondo luogo perché presuppone che l’accesso costituisca per l’Amministrazione un mero costo (in termini di tempo e di energie), che va pertanto tollerato, in omaggio alla democrazia, ma non incoraggiato. Ma una concezione del genere è anacronistica: non siamo più nell’era del

provvedimento scritto a mano in bella calligrafia ma nell'era dell'informatica, in cui è possibile fare in pochissimo tempo una grande quantità di copie, percependo gli eventuali "diritti di ricerca e di visura" previsti dall'art. 25 della legge n. 241/1990 (particolare che non va sottovalutato); e soprattutto siamo nell'era in cui ogni amministrazione dovrebbe tendere al massimo l'impegno a battere tutte le strade che offrano possibilità di autofinanziamento. A questo proposito non va dimenticato che le pubbliche amministrazioni spesso posseggono una gran quantità di documenti la cui conoscenza può risultare di notevole interesse, economico o non, e quindi possibile oggetto di diritto d'accesso; e che sulla base di questa consapevolezza l'Unione Europea con la direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, ha già da tempo invitato gli Stati ad un generale "riutilizzo" (cioè "*l'uso....a fini commerciali o non commerciali diversi dalla scopo iniziale nell'ambito dei compiti di pubblico servizio per i quali i documenti sono stati prodotti*") di "*tutti i documenti generalmente disponibili in possesso del settore pubblico*", allo scopo sia di consentire "*l'evoluzione verso la società dell'informazione e della conoscenza*" sia di "*consentire alle imprese europee di sfruttarne il potenziale e contribuire alla crescita economica e alla creazione di posti di lavoro*"; e, com'è noto, di recente è giunta a prevedere che l'interesse pubblico alla trasparenza possa giustificare che i documenti dello Stato in possesso delle istituzioni europee siano resi accessibili *a chiunque* anche nell'ipotesi che lo Stato interessato ne abbia negato la divulgazione.

Con le citate iniziative dell'UE si fa così un salto di qualità: si afferma che rendere conoscibili i documenti amministrativi detenuti dalle pubbliche amministrazioni non è più soltanto un **dovere** delle amministrazioni di corrispondere ad interessi giuridici di privati ma diventa un **interesse pubblico** e addirittura un **interesse europeo** di cui le amministrazioni detentrici dei documenti possono essere chiamate a rispondere. Si innesca così una finalità da parabola dei talenti, secondo cui i documenti non possono restare una proprietà infruttifera di chi li detiene, non possono servire solo al detentore per dimostrare la regolarità formale del proprio operato, ma debbono costituire *una risorsa* che deve essere messa a frutto nell'interesse generale, che deve diventare fattore di arricchimento culturale ed economico della collettività. In sintesi, la conoscenza deve poter diventare un fattore di crescita politica economica e sociale: e cioè un **fattore di produzione**, nell'attuale pienezza di valori di tale concetto.

Se si parte da questo punto di vista non ha evidentemente più senso stare a disquisire se il richiedente l'accesso abbia o no il prescritto interesse personale, diretto e attuale ecc. ecc. od abbia o no finalità di controllo generalizzato o sia o no curioso o voglia o no acquisire non documenti ma notizie: l'unico ostacolo all'accesso resta quello dell'esistenza di un pubblico

interesse a **non** mettere in circolo un determinato documento (o tipo di documento) o una determinata notizia (o tipo di notizia).

4.5- *Un'ultima considerazione, sottovoce.*

A ben vedere, sotto il profilo sistematico la corrente concezione del diritto d'accesso presenta spiccate caratteristiche teratologiche, che lo fa sembrare un alieno pervenuto da una remota galassia.

Infatti, l'ordinamento costruisce il diritto d'accesso come un diritto soggettivo, situazione che - come insegnava Rosario Nicolò - è la più forte situazione giuridica soggettiva, in quanto sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà. Che sia un diritto soggettivo l'affirma la legge n. 241/1990; lo ha riconosciuto espressamente il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza 27 maggio 2003 n. 2938, adottata con la mia presidenza; lo ha confermato la legge di riforma del processo amministrativo, ribadendone la collocazione nella giurisdizione amministrativa esclusiva. A questo diritto soggettivo è addirittura attribuito un rilievo costituzionale, in quanto – come già detto - attiene “*ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*” (come potrebbe essere – ad esempio – il diritto del pubblico dipendente alla retribuzione dovutagli), e gli sono per di più riconosciute “*rilevanti finalità di pubblico interesse*”, facendone così una sorta di super diritto con una forte connotazione pubblicistica che dà l'impressione di voler elevare l'accendente al rango di (inconsapevole) collaboratore di giustizia amministrativa. Non a caso nei testi più recenti in materia ambientale si parla di “*diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo*” (art. 3 *sexies* del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152).

Ma tutto questo poi si conclude, incongruamente, con lo stabilire che questo superdiritto, conferito con tanta enfasi, esiste in realtà soltanto a due condizioni: che il titolare sia titolare anche di un concorrente distinto specifico *interesse e per di più anche di mero fatto* all'accesso stesso, e che il titolare eserciti il proprio diritto in modo limitato e non generalizzato. È la prima volta, a quanto mi risulta, che il legittimo esercizio di un **diritto** ad una prestazione presuppone l'esistenza necessaria e cumulativa **sia di un interesse ausiliario sia di un'autolimitazione dell'esercizio stesso**, il che è del tutto al di fuori della logica del sistema, così come accadrebbe se il dipendente pubblico recatosi a riscuotere lo stipendio si sentisse rispondere: “Innanzi tutto dimmi a che ti serve. Comunque non posso dartelo tutto, in modo generalizzato”. Insomma l'apparente superdiritto rivela tutta la sua anomalia: l'essere in realtà un gigante dai piedi d'argilla.

Rendendosi conto di ciò parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene che il diritto d'accesso sia “*un diritto “strumentale” rispetto alla protezione di un'ulteriore o sottesa situazione soggettiva che non necessariamente è di interesse legittimo o*

di diritto soggettivo, ma che può avere la consistenza di un interesse collettivo o diffuso o di un interesse semplice o di fatto” (Adunanza Plenaria 20 aprile 2006 n. 7; Sez. V, 10 agosto 2007 n. 4411).

Tale tesi, però, appare muoversi nella logica esclusivamente civilistica della tutela *dell'interesse soggettivo del privato*. Ma tale logica è estranea alla finalità sistematica specifica dichiarata dal legislatore, secondo cui il diritto d'accesso “attese le sue **rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorirne la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza**” ed ha così *un fine obiettivo di giustizia e democrazia amministrative e quindi specifiche finalità di pubblico interesse*. Non è un caso che la tutela del diritto d'accesso e del diritto alla riservatezza, che pure costituiscono una sorta di fratelli siamesi indissolubilmente legati tra loro (cfr. S. Giacchetti, *Accesso e riservatezza: separati in casa, in Cons. Stato, 2004, II, 463*), sia affidata la prima al giudice (amministrativo) dell'interesse pubblico e la seconda al giudice (ordinario) dell'interesse privato; né è un caso che “*l'apprezzamento sull'utilità o meno della documentazione richiesta non spetta né all'Amministrazione destinataria dell'istanza né, addirittura, allo stesso giudice amministrativo adito con l'actio ad esibendum, bensì al giudice (sia esso amministrativo che ordinario) eventualmente adito dall'interessato al fine di tutelare l'interesse giuridicamente rilevante sotteso alla pregressa domanda di accesso*” (TAR Toscana, Sez. II, n. 152/2007; Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pagg. 42 e 71).

Pertanto nella logica della dichiarata – e per l'interprete vincolante - volontà del legislatore sembra preferibile l'orientamento secondo cui il diritto di accesso, “*così come delineato dall'art. 22 e seguenti della legge n. 241, del 1990, nella interpretazione datane dalla giurisprudenza, tende al conseguimento di un autonomo bene della vita e non è necessariamente strumentale alla difesa in giudizio della specifica posizione soggettiva legittimante; di modo che l'intento di chi agisce in giudizio non deve necessariamente atteggiarsi come impugnazione degli atti del procedimento cui l'accesso è diretto, ben potendo il rimedio ipotizzarsi al fine di verificare eventuali illegalità che possono dar luogo ad azioni risarcitorie presso il giudice ordinario. A ciò si aggiunga che, stante l'autonomia del rimedio giurisdizionale ex art. 22 L. n. 241/1990, è del tutto irrilevante - in sede di delibarazione della richiesta di accesso - l'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti, potrebbe proporre (Cons. St. Ad. Pl. 28 aprile 1999, n. 6)*” (Cons. Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2005 n. 628; 27 maggio 2003 n. 2938).

Insomma, delle due l'una: o il diritto d'accesso è veramente tale: e allora l'interesse legittimante è un fuor d'opera, come giustamente ritiene il diritto europeo; oppure l'interesse legittimante è veramente necessario: e allora è un fuor d'opera stare a parlare di un diritto – o addirittura di un superdiritto – subordinato ad un interesse anche di mero fatto di fatto, dato che l'unica

situazione tutelata è – in realtà – l'interesse in questione, che in tal caso non ha bisogno di alcun diritto ancillare che lo sostenga. Oltre tutto non seguendo l'impostazione normativa si incorre in una duplice aporia: si inverte la normale gerarchia tra le situazioni giuridiche soggettive private, subordinando un diritto ad un interesse, e per di più, con sovversione di valori ancora maggiore, si consente che un interesse anche di mero fatto *privato* possa precludere l'esercizio di un diritto conferito per “*rilevanti finalità di pubblico interesse*”. L'ordinamento di aporie ne contiene già abbastanza; non sembra proprio il caso di aggiungerne altre.

4.6 Le considerazioni del precedente punto **4.5**, relative alla illogicità sia di una specifica legittimazione all'accesso sia del divieto di accesso generalizzato, potrebbero sembrare espressione di una mera critica alla legge 241, indubbiamente legittima in una sede scientifica qual è l'attuale, ma utile – al più – *de iure condendo*; e che pertanto ai fini pratici lascerebbe il tempo che trova, dal momento che la legge è legge, piaccia o no.

Ora una conclusione del genere sarebbe stata giustificata sino ad un anno fa. Ma non lo è più oggi, dal momento che negli ultimi dodici mesi l'ordinamento giuridico preesistente è stato profondamente modificato da due *new entry* di segno opposto: da una parte il decreto legislativo Brunetta 27 ottobre 2009 n. 150, che, con il concorso indiretto della Corte di Cassazione civile e penale, ha ampliato al massimo l'ambito della trasparenza (e quindi dell'accesso) a scapito della riservatezza, e dall'altra il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il primo dicembre 2009, che, con il concorso esterno del Garante della privacy, ha invece ribadito l'intangibilità dell'area della riservatezza.

Si è creata così una situazione di conflitto sistematico tra principi fondamentali di rilievo anche costituzionale, con conseguenti difficoltà applicative: il che giustifica che l'interprete, in mancanza di univoche indicazioni a livello legislativo, possa utilizzare la critica suindicata anche in chiave ricostruttiva, ai fini cioè di quella *reductio ad un unum* che dovrebbe costituire la base di ogni ordinamento giuridico razionale. Su questo conflitto e sul tentativo ricostruttivo tornerò in seguito.

5- I limiti esterni del diritto d'accesso: i segreti di Stato, istruttorio, professionale, scientifico o industriale. Gli appalti segreti dei dirigenti generali. La tutela della riservatezza.

Oltre i limiti propri e quelli del segreto d'ufficio il diritto d'accesso deve rispettare anche i confini di altri segreti derivanti da attività o da situazioni estranee all'attività amministrativa in senso stretto.

5.1- Il primo di questi è il segreto “di Stato”, imposto cioè dal Governo, ai sensi della legge 3 agosto 2007, n. 124 e del relativo regolamento approvato con D.P.C.M. 8 aprile 2008 (G.U. 16.04.2008), nei confronti di informazioni

la cui divulgazione potrebbe incidere su interessi fondamentali della Repubblica, quali:

- a) l'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali;
- b) la difesa delle Istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento;
- c) l'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e le relazioni con essi;
- d) la preparazione e la difesa militare dello Stato.

La legge ha tra l'altro introdotto l'articolo 270-bis del codice di procedura penale, che prevede che l'autorità giudiziaria - quando abbia acquisito comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza - dispone l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti tali comunicazioni.

Si tratta peraltro di casi rarissimi; in tempi recenti si sono avuti i casi del Presidente del Consiglio Romano Prodi, che ha apposto il segreto di Stato nel caso Abu Omar e del Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi ha apposto il segreto di Stato sulla sua villa in Sardegna (villa Certosa) per l'apertura di alcuni cantieri.

5.2 Il secondo limite è costituito dal segreto istruttorio, previsto dall'art. 329 c.p.p. (a condizione di intenderlo come una cosa seria e non come un'araba fenice). A questo proposito va ricordato che tale segreto non sussiste qualora si tratti di atti relativi ad indagini amministrative (anche se svolte dagli organi di polizia) funzionali a procedimenti sanzionatori preordinati a concludersi con sanzioni a carattere amministrativo; e ciò anche quando si tratti di documenti poi trasmessi alla Procura della Repubblica per mere finalità conoscitive e perché questa verifichi se nel caso segnalato sussistano estremi di reato.

Il segreto sussiste solo se si tratti di documenti acquisiti o redatti nell'esercizio di un'attività svolta su richiesta della Procura della Repubblica, attività sottoposta al segreto istruttorio, e per la quale l'eventuale accesso è subordinato alla preventiva autorizzazione della Procura stessa (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 57).

Per quanto riguarda invece i procedimenti amministrativi disciplinari (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 105), ispettivi o sanzionatori secondo un orientamento giurisprudenziale *"le finalità che sostengono le disposizioni che precludono ai datori di lavoro l'accesso alla documentazione contenente le dichiarazioni rese in sede ispettiva dai rispettivi dipendenti - fondate su un particolare aspetto della riservatezza, quello cioè attinente all'esigenza di preservare l'identità dei dipendenti autori delle dichiarazioni allo scopo di sottrarli a potenziali azioni discriminatorie, pressioni indebite o ritorsioni da parte del datore di lavoro -, prevalgono a fronte dell'esigenza contrapposta di tutela della difesa dei propri interessi giuridici, essendo la realizzazione del diritto alla difesa garantita "comunque" dall'art. 24, comma 7 della*

legge n. 241 del 1990” (Sez. V, 7 dicembre 2009 n. 7678 e 29 luglio 2008, n. 3798; Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923; 3 maggio 2002, n. 2366, 26 gennaio 1999, n. 59).

Secondo altro orientamento, invece, “*nell’ordinamento delineato dalla L. n. 241/1990, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto deve, pertanto, poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di segnalazioni, esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l’avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. procedente opporre all’interessato esigenze di riservatezza. La tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo al nostro ordinamento giuridico. Emblematico, in tal senso, è l’art. 111 Cost. che, nel sancire (come elemento essenziale del giusto processo) il diritto dell’accusato di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, inevitabilmente presuppone che l’accusato abbia anche il diritto di conoscere il nome dell’autore di tali dichiarazioni. Tale sfavore verso le denunce e le dichiarazioni anonime emerge poi, a più riprese, dal codice di procedura penale: si pensi, ad esempio, all’art. 240 C.p.p. in forza del quale i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquistati né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano il corpo del reato o provengano comunque dall’imputato; all’art. 195, comma 7, C.p.p. che sancisce l’inutilizzabilità della testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui appreso la notizia dei fatti oggetto dell’esame; all’art. 203 C.p.p. che pure prevede l’inutilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori alla polizia giudiziaria quando il nome di tali informatori non venga svelato”.* (così TAR Lombardia-Brescia, Sez. I, sentenza 29 ottobre 2008 n. 1469, sulla base dei precedenti di cui Cons. Stato Sez. V, 27.5.2008 n. 2511; Sez. VI, 23.10.2007 n. 5569; Sez. VI, 25.6.2007 n. 3601; Sez. VI, 12.4.2007, n. 1699; Sez. V, 22.6.1998 n. 923; Ad. Plen. 4.2.1997 n. 5).

Entrambi gli orientamenti danno luogo a perplessità. Il primo orientamento perché in sostanza interpreta restrittivamente il disposto dell’art. 24, comma 7, relativo alla garanzia dell’accesso finalizzato alla “*conoscenza necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici*”, limitandolo alla cura e difesa in sede giurisdizionale, trascurando che la legge assicura una prima difesa in sede amministrativa dinanzi alla Commissione per l’accesso; e su questa base nega al datore di lavoro l’accesso in sede amministrativa, per la considerazione che l’interessato potrà comunque ottenerlo in sede giurisdizionale. Ma in tal modo non solo costringe il datore di lavoro che voglia ottenere l’accesso a seguire la costosa e più lunga via giurisdizionale (il che è in radicale contraddizione con la filosofia dell’istituto) ma costringe a fare lo stesso anche al lavoratore che voglia difendersi e che normalmente ha disponibilità finanziarie molto minori (a meno che non si tratti di dipendenti da gioiellieri, che notoriamente – dati dell’Agenzia delle entrate – in media guadagnano più dei rispettivi datori di lavoro). Ma anche il secondo orientamento dà luogo a dubbi: perché

consentendo l'accesso in sede amministrativa espone effettivamente il lavoratore ad azioni ritorsive.

Una equa via di mezzo potrebbe essere quella di ammettere l'accesso al contenuto degli esposti o delle denunzie solo qualora ricorrono le seguenti condizioni:

- a) che il provvedimento, ispettivo o sanzionatorio, sia direttamente fondato sulle dichiarazioni acquisite da parte del denunziante o dell'esponente e non sugli accertamenti obiettivi che, sia pure a seguito delle denunce e delle dichiarazioni ricevute, l'Amministrazione ha poi autonomamente effettuato; e cioè soltanto nei casi in cui la denuncia o la dichiarazione abbia costituito *la diretta ed essenziale causa giustificatrice* del provvedimento lesivo e non semplicemente *l'occasione* per attivare i poteri d'ufficio dell'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 5199/2009, in *Commissione per l'accesso, Giurisprudenza 2009*, pag. 270);
- b) che il documento al quale è stato chiesto di accedere, non consenta, con gli opportuni omissis, di desumerne l'autore;
- c) che, ove non sia possibile oscurare l'identità dell'autore, l'accesso possa essere concesso soltanto nel caso in cui l'interessato possa dare specifica prova che la mancata conoscenza del nominativo di detto autore gli precluderebbe la cura o difesa dei suoi interessi giuridici in giudizio.

5.3 Il terzo limite è costituito dal segreto professionale, secondo cui la Pubblica amministrazione ha l'obbligo (a tutela della riservatezza dell'informatore) di non rivelare le informazioni di natura riservata apprese all'interno di un rapporto fiduciario né può essere tenuta a farlo; ciò – ovviamente – a meno che non assuma poi decisioni o adotti comportamenti fondati su tali informazioni e lesivi dei diritti o degli interessi di terzi. Il caso principale è quello delle consulenze, giuridiche o tecniche. Per quanto riguarda in particolare l'Avvocatura dello Stato è previsto che i suoi pareri non siano accessibili qualora riguardino una controversia in atto o semplicemente potenziale e sempreché, ovviamente, non siano stati espressamente invocati dall'Amministrazione a giustificazione del proprio operato (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pagg. 63 e 131). E' stato precisato che "*ai fini dell'opposizione del segreto professionale occorre distinguere tra pareri legali resi in relazione a contenziosi (sottratti al diritto d'accesso) e pareri legali che rappresentano, anche per effetto di un richiamo esplicito nel provvedimento finale, un passaggio procedimentale istruttorio di un procedimento amministrativo in corso; solo il primo tipo di pareri, infatti, è sottratto all'accesso, in quanto non è la sola natura dell'atto a giustificare la segretezza, ma la funzione che l'atto stesso svolge nell'azione dell'amministrazione*" (TAR per la Liguria, Genova, Sezione II, n. 810/2009, in Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 317).

Al riguardo le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, con sentenza 7 maggio 2010 n. 11082, hanno opportunamente precisato che “*la protezione del segreto professionale, riferito a quanto conosciuto in ragione dell'attività professionale svolta da chi sia legittimato a compiere atti propri di tale professione, assume carattere oggettivo*”, e cioè “*non copre tutta e ogni attività professionale perché....ad esclusiva tutela del cliente....e non dell'interesse soggettivo del professionista*”.

5.4- Una recente bizzarra norma (l’art. 8, comma 10, del decreto legge n. 78/2010, convertito nella legge 30 luglio 2010 n. 122) recita: “*All’art. 16, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165*” (che, tanto per intendersi, è quello che stabilisce i poteri dei “dirigenti di uffici dirigenziali generali”) “*dopo la lettera d) è inserita la seguente: “d bis – adottano i provvedimenti previsti dall’art. 17, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163”*” (che, tanto per intendersi, è la norma del codice dei contratti pubblici che prevede i lavori, i servizi e le forniture i cui contratti possono essere segretati o dichiarati “eseguibili con speciali misure di sicurezza”). Per la verità non si capisce né come tutto ciò possa mai entrarci con il “*fine di rafforzare la separazione fra funzione di indirizzo politico-amministrativo e gestione amministrativa*” dichiarato dall’articolo stesso (semmai la separazione non viene rafforzata ma compromessa, dal momento che la segretazione è atto eminentemente politico) né quali mai particolari esigenze di segretezza ci fossero in alcuni appalti che – in Italia il segreto reale, si sa, è sempre un *optional* – la stampa ha riferito essere stati effettuati (la ristrutturazione di un palazzo in Roma, da adibire ad uffici per i senatori, e l’acquisto di vaccini antinfluenzali).

5.5- Sussiste infine il dovere di riservatezza nei confronti ad una lunga serie di interessi che riguardano la vita privata e la riservatezza elencati dall’art. 24, comma 6, *d)*, della legge n. 241/1990, al quale quindi può farsi rinvio.

Per quanto riguarda in particolare i pubblici appalti, il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (testo attuale), all’art. 13, comma 5, lett. a), esclude il diritto d’accesso e ogni forma di divulgazione con riferimento “*alle informazioni fornite dagli offerenti nell’ambito delle offerte o a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata motivazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali*” . Ma il successivo comma 6 ammette l’accesso anche in tali casi qualora esso sia richiesto “*in vista della tutela in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell’ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso*”.

In proposito il Consiglio di Stato (Sez. V, 9 dicembre 2008 n. 6121) ha chiarito che le disposizioni in questione sembrano “*ripetere, specificandoli, i principi dell’art. 24 della legge n. 241/1990, che stabilisce una complessa operazione di bilanciamento tra gli interessi contrapposti alla trasparenza e alla riservatezza....Per non dilatare in modo irragionevole la portata della norma si deve ritenere che essa imponga di effettuare un accurato controllo in ordine dell’effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza*”: dal che “*descende che non è consentito*

esercitare l'accesso alla documentazione posta a corredo dell'offerta selezionata ove l'impresa aggiudicataria abbia dichiarato che sussistono esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale ed il richiedente non abbia dimostrato la necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio”.

Pertanto il caso in questione costituisce eccezione alla regola generale secondo cui la dichiarazione dell'accendente di voler utilizzare il documento a fini di tutela giurisdizionale è sufficiente – salvo la sua macroscopica illogicità o inconferenza – a legittimare il chiesto accesso, senza alcun esame preventivo della reale utilità della sua domanda. L'Amministrazione interessata deve invece preliminarmente comunicare tale domanda al soggetto controinteressato; e nel caso in cui quest'ultimo manifesti la propria opposizione all'accesso è tenuta a compiere una valutazione in concreto sia dell'effettiva esistenza di profili constituenti segreti tecnici o commerciali sia dell'effettiva necessità di utilizzare il chiesto documento in uno specifico giudizio, e può concedere l'accesso soltanto se l'interessato abbia effettivamente provato l'esistenza della necessità di tutela giurisdizionale (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 215).

La giurisprudenza ha puntualizzato che il partecipante ad una pubblica gara d'appalto, pur essendo stato escluso in via preliminare dalla gara, non può ritenersi totalmente indifferente all'esito della gara stessa, se si tratta di un operatore professionale del settore, e quindi come tale ha un indubbio interesse a conoscere sia il contenuto delle offerte delle concorrenti sia i criteri in base ai quali le offerte stesse sono state valutate, al fine di trarne un'utile esperienza per eventuali successive gare; interesse che non corrisponde ad una mera curiosità ma ad una concreta esigenza di programmazione aziendale in un ambito libero concorrenziale.

Va infine ricordato che i segreti scientifici o industriali hanno una specifica tutela penale (art. 623 c.p.).

6- Il reato di violazione del segreto d'ufficio: la sentenza 12 settembre 2009 n. 39706 della Corte di cassazione penale, Sezione VI, afferma la “imprescindibilità della previsione normativa degli atti che devono rimanere segreti”, che sono pertanto tutti atti tipici, ed il principio che “tutto ciò che non è segreto è accessibile”: perplessità circa l'esattezza della bipartizione stabilita da tale principio, che non prevede la specifica area della riservatezza. Una recente vicenda giurisdizionale ha riportato all'attenzione il problema della difficile convivenza tra segreto d'ufficio e diritto d'accesso.

La vicenda è la seguente. Un consigliere comunale, ai sensi dell'art. 43 del decreto legislativo n. 267/2000, esercita il diritto d'accesso a notizie attinenti alla riservatezza di una casa di riposo (in pratica, notizie rientranti nel caso di esclusione dal diritto d'accesso di cui all'art. 24, comma 6, lett. d); e, ottenutele, le comunica ad un giornalista, che le pubblica. Il consigliere viene

allora rinviato a giudizio per il reato di rivelazione di segreto d'ufficio, di cui all'art. 326 c.p., che recita: *“Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete,è punito....”*. Il consigliere comunale è certamente un pubblico ufficiale, ai fini penali. Ma il GIP dichiara di non doversi procedere contro l'imputato, per due motivi:

- 1) perché il fatto non sussiste, dal momento che il reato *de quo* “presupponeva l'esistenza di atti tipici, che per espressa disposizione legislativa - penale o extrapenale – fossero coperti dal requisito della segretezza”;
- 2) perché al consigliere comunale non sarebbero estensibili le norme sull'obbligo di segreto d'ufficio sancite per gli impiegati civili dello Stato dall'attuale art. 28 delle legge n. 241/1990.

La motivazione del GIP è quindi fondata su due ordini di ragioni tra loro indipendenti: perché una cosa è affermare che sotto il profilo penale il segreto riguarda soltanto *atti tipici* (e che quindi, in assenza di una specifica segretazione normativamente prevista, nessun pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, *sia o meno dipendente civile dello Stato*, può essere legittimamente imputato del reato di violazione del segreto d'ufficio); altra cosa è affermare che il consigliere comunale in questione, se fosse stato destinatario del citato art. 28, avrebbe potuto essere legittimamente imputato per il reato di cui all'art. 326 c.p. (dato che, com'è noto, l'art. 28 citato si riferisce genericamente al divieto, per l'impiegato (civile dello Stato), di *“trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto d'accesso”*: e quindi ha un contenuto assolutamente generico, *privò del benché minimo riferimento ad atti tipici*).

Comunque sia, la sentenza del GIP viene impugnata per cassazione dal PM, che sostiene che, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, la locuzione dell'art. 326 c.p. *“notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete”* assume non solo il significato di informazione sottratta alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque (come accade nel caso di segreto in senso tecnico), ma anche quello di informazione per la quale la diffusione sia vietata dalle norme sul diritto d'accesso.

La Sesta sezione penale della Corte di cassazione è però di parere opposto; e con la sentenza 12 settembre 2009 n. 39706:

- premette: *“Giurisprudenza pregressa, ma ancora attuale, è attestata sul principio che ai fini della configurabilità del reato”* (di cui all'art. 326 c.p.) *“il dovere di segreto....deve derivare da una legge, da un regolamento, ovvero dalla natura stessa della notizia che può recare danno alla pubblica amministrazione* (Cass. Sez. VI 6/2 –

14/9)/1990 n. 12389)", peraltro indicando – con la terza eventualità, relativa al "danno alla pubblica amministrazione" – un presupposto che non è contenuto nell'art. 326 c.p. e che nell'art. 15 del dPR n. 3 del 1957 è scomparso sin dal 1990 con il nuovo testo introdotto dall'art. 28 della legge 241;

- osserva: "*Occorre ricordare come la legge n. 241 del 1990 abbia rivoluzionato la disciplina degli atti e dell'accesso agli stessi, sancendo in definitiva il principio che tutto ciò che non è segreto è accessibile*" e che pertanto l'accessibilità agli atti resta "*comprimibile solo attraverso l'imposizione del segreto nei casi previsti dalla legge*", con conseguente "*imprescindibilità della previsione normativa degli atti che devono rimanere segreti*" che sono pertanto tutti atti tipici;
- conclude escludendo che ai consiglieri comunali possa estendersi "*la disciplina sancita per gli impiegati civili dello Stato dal dPR 10 gennaio 1957 n. 3, art. 15, come modificato dalla citata legge n. 241 del 1990, art. 28, che impone a tale categoria l'obbligo del segreto d'ufficio sui provvedimenti o operazioni amministrative in corso o conclusive, di cui sia venuta a conoscenza a causa delle funzioni, al di fuori dell'ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto d'accesso*"; e quindi afferma il principio che nei loro confronti non sia ipotizzabile il reato di rivelazione di segreto d'ufficio, prevista dall'art. 326 c.p., tenuto conto della "*preclusione in materia penale di applicazioni analogiche "in malam partem"*". Tale sentenza, per la verità, lascia irrisolti i seguenti nodi sistematici.

6.1- Non si comprende perché la Cassazione abbia continuato a porsi il problema, insorto nel corso del giudizio, relativo all'applicabilità al consigliere comunale dell'art. 28 delle legge n. 241.

Un problema del genere aveva un senso soltanto nel regime precedente alla legge 241 del 1990. Va tenuto presente che inizialmente a fronte della previsione dell'art. 326 c.p., che subordina il reato di violazione di segreti d'ufficio alla generica violazione dei "*doveri inerenti alle funzioni o al servizio*" o all'abuso della qualità di pubblico ufficiale (e quindi al concretarsi di una norma incriminatrice parzialmente in bianco), non esisteva una precisa ed esaustiva normativa amministrativa che regolasse tutte quelle situazioni che poi sono state ricomprese nell'istituto dello "accesso" e quindi precisasse quello che il pubblico dipendente dovesse e potesse fare in proposito. Opportunamente pertanto l'originario art. 15 del dPR n. 3/1957 aveva precisato in quali casi si concretasse – per il dipendente statale – la fattispecie della violazione del segreto d'ufficio, integrando così, *quanto all'oggetto del reato*, la generica disposizione penale. Ma successivamente tutto quello che il pubblico dipendente deve e può fare in proposito è stato minuziosamente ed ampiamente stabilito dagli artt. 22-24 delle legge n. 241, che così sono diventati essi le disposizioni direttamente integratrici della norma è penale; sicché l'attuale art. 28, con le sue già rilevate incongruità, in materia di accesso

non ha alcun contenuto dispositivo *autonomo*: si limita a ricordare, in modo del tutto generico, che l'impiegato che viola la legge agendo “*al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto d'accesso*” (e cioè degli artt. 22-24) commette una violazione dei propri doveri d'ufficio. Bella scoperta. Occorreva proprio che fosse consacrata da un'apposita lapalissiana disposizione? Sembra proprio di no. Dovrebbe quindi concludersi che l'applicabilità dell'art. 28 al consigliere comunale costituiva un falso problema. In ogni caso la tesi della sentenza porta a due conseguenze che non sembrano accettabili:

- in mancanza dell'art. 28 nessun dipendente statale potrebbe essere imputato del reato di violazione del segreto d'ufficio, pur essendo pacifico che ai sensi degli artt. 22-24 sia venuto meno ai suoi doveri;
- per la gran parte dei dipendenti pubblici (che com'è noto, non è dipendente dello Stato, e non ha per lo più specifiche norme sul segreto d'ufficio), pur nell'accertata presenza di comportamenti contrari ai doveri d'ufficio previsti dai rispettivi ordinamenti interni non sarebbe ipotizzabile il reato di violazione del segreto d'ufficio, dato che - come rileva la Cassazione – sussiste “*la preclusione in materia penale di applicazioni analogiche in malam partem*”; il che, in presenza di comportamenti oggettivamente analoghi imputabili a dipendenti non statali, darebbe luogo ad evidenti disparità di trattamento, con conseguenti problemi di legittimità costituzionale.

6.2- La questione, semmai, era un'altra.

Ai consiglieri comunali si applica la disciplina generale della legge n. 241 così come modificata dall'art. 43 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali n. 267/2000, secondo cui i consiglieri comunali “*hanno diritto di ottenere*” dagli uffici comunali “*tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del loro mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge*”.

Ora poiché la diffusione di notizie riservate non rientra certamente nel loro mandato, e quindi costituisce quanto meno un abuso della qualità di pubblico ufficiale, restava soltanto da stabilire se il legislatore, con la previsione espressa dell'obbligo di rispettare il vincolo di segretezza, avesse inteso implicitamente consentire il mancato rispetto del vincolo di riservatezza (sui poteri del consigliere comunale cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 50). Ma una conclusione del genere sarebbe stata palesemente eversiva di tutto il sistema della legge 241.

6.3- La sentenza respinge la tesi del PM, secondo cui la locuzione dell'art. 326 c.p. “*notizie di ufficio, le quali debbono rimanere segrete*” assumerebbe non solo il significato di informazione sottratta alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque (come accade nel caso di segreto in senso tecnico), ma anche quello di informazione per la quale la diffusione sia vietata dalle norme sul diritto d'accesso; e quindi afferma il principio che il reato in questione si

realizzi solo nel caso di indebita divulgazione di notizie o atti segreti in senso tecnico.

Ma da questa impostazione discende che l'area della violazione del segreto d'ufficio di cui all'art. 326 c.p. è più ristretta dell'omonima area prevista dall'art. 28 della legge n. 241: il che rende ancora meno comprensibile la tesi della sentenza secondo cui per l'esistenza del reato occorrerebbe o l'esistenza di un segreto in senso tecnico o l'applicabilità dell'art. 28, dal momento che quest'ultimo fa coincidere la violazione del segreto d'ufficio con la violazione delle norme sul diritto d'accesso, violazione che comprende anche i documenti e le notizie non segrete ma semplicemente attinenti alla riservatezza.

6.4- Non sembra poi condivisibile l'assunto che la legge n. 241 abbia sancito “*il principio che tutto ciò che non è segreto è accessibile*”.

In realtà, la legge n. 241 opera non una bipartizione ma una ripartizione più complessa:

- 1) documenti il cui accesso è in astratto “escluso” *a priori* per legge (art. 24, comma 1);
- 2) documenti il cui accesso è in concreto “escluso” (anche se la disposizione dice, impropriamente, “sottratto”) dalle singole pubbliche amministrazioni con proprio regolamento (art. 24, comma 2), che individua i casi specifici rientranti nelle categorie generali del precedente comma 1;
- 3) documenti in astratto accessibili ma il cui accesso è “sottratto” con regolamento governativo (art. 24, comma 6), peraltro sinora non intervenuto;
- 4) documenti in astratto accessibili ma il cui accesso è “sottratto” dalle singole pubbliche amministrazioni per motivi di riservatezza pubblica o privata. In realtà l'art. 24, comma 6, prevede soltanto che la materia possa essere disciplinata con regolamento governativo; ma nella perdurante mancanza di questo regolamento generale opera comunque la disciplina generale di tutela della riservatezza di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 e la facoltà delle singole pubbliche amministrazioni di autodisciplinare il settore di propria competenza. Tali regolamenti particolari dovrebbero mantenersi nei limiti previsti per il regolamento governativo, non sembrando logico che una pubblica amministrazione di secondo livello possa – salvo specifiche peculiarità del proprio settore - avere poteri regolamentari più ampi di quelli governativi;
- 5) documenti liberamente accessibili, da chiunque ne abbia il prescritto interesse.

Ora il segreto in senso tecnico opera soltanto per parte dei documenti amministrativi sub 5); e cioè (comma 1, punto *a*, dell'art. 24) nei casi di “*segreto di Stato*” e “*di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge....e dalle pubbliche amministrazioni*”. Non opera invece – salvo rare eccezioni - nei

confronti dei successivi punti *b*) (procedimenti tributari), *c*) (atti amministrativi normativi o a carattere generale) e *d*) (procedimenti selettivi); né opera nel caso del successivo comma 6, lett. *d*) (per quanto attiene alla tutela della riservatezza) ed *e*) – (attività sindacale di lavoro a carattere nazionale).

Quindi tra il segreto in senso tecnico e l'accessibilità da parte di chiunque c'è una vasta area di riservatezza che non è né segreta né liberamente accessibile da chiunque, che ha una disciplina (più esattamente, un fascio di discipline non sempre omogenee) sua propria.

6.5- Infine la sentenza sembrerebbe riconoscere ai consiglieri comunali una sorta di autorizzazione in bianco a divulgare notizie riservate, fermo restando che essi – ai sensi dell'art. 43 del decreto legislativo n. 267/2000 – “sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge” (locuzione che chiaramente allude al segreto in senso tecnico e non al generale e generico segreto *amministrativo* d'ufficio ex art. 28 della legge n. 241); il che non sembrerebbe corrispondere ad alcun pubblico interesse.

7- L'accesso limitato previsto dalla legge 241 e la trasparenza “totale”, sancita dagli artt. 11 e 74 del decreto legislativo Brunetta 27 ottobre 2009 n. 150: dal bikini al naturismo giuridico. La veemente reazione del Garante della protezione dei dati personali, anche in nome dei diritti fondamentali alla riservatezza e alla tutela dei dati personali, come recepiti dal Trattato di Lisbona del 2007.

Come prima indicato, secondo la legge n. 241/1990 il diritto d'accesso ha in sostanza quattro limiti: la necessità di essere fondato su “*un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*” (art. 22, comma 1, b)); la possibilità di esercitarsi soltanto su formali documenti amministrativi; il divieto di operare nei confronti di determinate categorie di documenti, sia per motivi di interesse pubblico (art. 24, commi 1 e 6, lettere da a) a c)) sia per motivi di riservatezza privata (art. 24, commi 1 e 6, lett. d)); e infine il divieto di essere “*preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*” (art. 24, comma 3). Questo sistema di limiti è rafforzato dal cosiddetto codice della privacy (decreto legislativo n. 196/2003). In base a queste norme si riconosce alla trasparenza carattere di *principio generale ma non illimitato*: perché anche nelle case più per bene, di vetro o non, esistono stanze in cui è buona educazione chiedere ed ottenere permesso prima d'entrare. Insomma, trasparenza sì; ma non oltre il bikini: perché altrimenti rischia di far intravedere situazioni che non incoraggiano una convivenza rispettosa delle libertà del prossimo.

Bene; dal 15 novembre 2009 non è più così (o, per essere più precisi, *non dovrebbe essere più così*): perché l'art. 11 del decreto Brunetta (decreto legislativo 27 ottobre 2009 n. 150) ha stabilito: “*La trasparenza è intesa come accessibilità*

totale” – (e quindi non più limitata) – “*delle informazioni*”- (e quindi non più dei soli documenti amministrativi) - “*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*” (e quindi controllo non più di singoli determinati documenti ma controllo generalizzato). Il tutto è rafforzato sia dalla circostanza che è svanito qualsiasi accenno alla necessità di un interesse legittimante l’accesso sia dall’affermazione che la trasparenza (intesa come valore oggettivo, e quindi senza limiti soggettivi) “*costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera m, della Costituzione*”, come tale rientrante nella potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 74 del decreto Brunetta), livello essenziale che peraltro solo quattro mesi prima la legge n. 69/2009, introducendo nell’art. 29 della legge 241 il nuovo comma 2 bis, aveva già riconosciuto all’accesso (inteso però come valore soggettivamente limitato): con la singolare conseguenza che adesso abbiamo due principi generali di segno almeno parzialmente diverso che costituiscono entrambi livello essenziale e di rilievo costituzionale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche. E così si è passati dal bikini della legge n. 241/1990 al completo naturismo giuridico del decreto Brunetta.

Vero è che l’appena citato articolo 11 del decreto Brunetta si riferisce soltanto all’attività organizzativa interna delle pubbliche amministrazioni e non anche all’attività operativa esterna, per la quale quindi dovrebbe continuare a valere il sistema precedente. Ma, a parte l’evidente difficoltà pratica di distinguere nettamente tra le due aree, ognuno si rende conto che non è possibile – a regime – che le amministrazioni operino, contemporaneamente e schizofrenicamente, secondo due logiche opposte: una delle due deve prevalere; e favorita d’obbligo sembra essere la trasparenza, anche per la pressione in tal senso del diritto europeo.

Questa minirivoluzione ha creato tra gli operatori di diritto comprensibili incertezze operative: perché è innegabile che il decreto Brunetta modifichi radicalmente sia la legge n. 241 sia il codice della privacy.

E qui sorge un’ulteriore complicazione: perché l’implicita modifica del codice della privacy ha suscitato la veemente reazione del Garante della protezione dei dati personali nella sua relazione al Parlamento del 30 giugno 2010. Il Garante, premesso che il diritto alla tutela dei dati personali ed il diritto alla riservatezza sono riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della *Carta dei diritti fondamentali* dell’UE, attualmente inglobata nel Trattato di Lisbona del 2007, entrato in vigore in Italia l’1 dicembre 2009, ha rilevato che quella teorizzata dal decreto Brunetta potrebbe finire col risultare “*una società nella quale non vi è più riservatezza e ciascuno, solo perché è entrato in relazione con la Pubblica Amministrazione, deve accettare la conoscibilità totale delle notizie che lo riguardano.... Una società mostruosa, quella casa di vetro che è stata sempre il sogno di ogni dittatura e di ogni*

concezione basata sul totale prevalere dell'interesse pubblico della collettività rispetto ad ogni spazio di libertà e di autonomia del singolo. Un incubo, destinato a diventare ancora più orrido se non si mettesse alcun limite all'accessibilità ai dati messi in rete da parte dei motori di ricerca. Questi infatti li decontestualizzano dai siti delle amministrazioni facendoli diventare parti di biografie artificiali e spesso artificiose, costruite sulla base di criteri ignoti ai più” (pagg. 13-14 della relazione).

Si tratta di parole con cui, senza alcuna concessione alla corrente ipocrisia del *politically correct*, si esprime una preoccupazione sostanziale non certo priva di fondamento.

Ma il decreto legislativo n. 150/2009 non ha ritenuto di indicare agli operatori se e cosa restasse del sistema precedente; e - ciò che è ancora più preoccupante - forse non si è nemmeno accorto dello sconquasso sistematico che derivava da quello che stabiliva. Per una disposizione (quella del citato art. 11) inserita in un decreto nato al dichiarato fine della “*ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e di trasparenza delle pubbliche amministrazioni?*” e che era passata indenne sotto l'esame della Conferenza unificata Stato-Regioni e delle competenti Commissioni parlamentari non c'è male. Resta la sconsolante sensazione che principi fondamentali di rilievo costituzionale o addirittura supercostituzionale (secondo i correnti indirizzi della giurisprudenza i diritti fondamentali dell'UE dovrebbero prevalere sulle disposizioni costituzionali non di principio) vengano immessi nel firmamento giuridico in modo frettoloso, scoordinato e talvolta contraddittorio, e quindi finiscano col risultare fuochi d'artificio, che per un attimo illuminano il cielo e subito dopo si spengono, lasciando dietro di sé soltanto un denso fumo scuro.

8- La nuova testa di ponte nell'area della riservatezza stabilita dalla sentenza della Cassazione civile 9 luglio 2010 n. 16236 in nome del diritto d'inchiesta giornalistica. Da parte di chiunque? La pratica riaffermazione, per altra via, del principio che “tutto ciò che non è segreto è accessibile”, già enunciato dalla Cassazione penale.

A pochi giorni dall'orgogliosa rivendicazione del Garante è però intervenuta una brusca contropinta: la sentenza della Sezione Seconda civile della Cassazione 9 luglio 2010 n. 16236, che ha rimesso in discussione il ruolo da attribuire alla riservatezza.

Per una migliore comprensione della vicenda vanno brevemente ricordati i fatti di causa.

Nel 1998 il giornale *Tempo* per testare l'affidabilità delle strutture sanitarie pubbliche faceva riempire di vari decine di contenitori sterili che poi presentava come campioni di urine a vari laboratori di analisi di laboratorio chiedendo di effettuare il relativo esame. I laboratori provvedevano all'analisi senza che nessuno di essi si accorgesse che il liquido esaminato non era urina.

A seguito di ciò il giornale pubblicava i risultati della sua inchiesta, qualificando i referti dei laboratori “scandalosi” e “sconcertanti” esempi di “malasanità”.

Ne seguiva una denuncia per diffamazione da parte di uno dei laboratori, che si concludeva con la sentenza suindicata, che, nell’assolvere pienamente i giornalisti, affermava i seguenti principi:

- a) che la vertenza concerneva il cosiddetto “*diritto di inchiesta, espressione più alta e più nobile dell’attività di informazione....espressione del diritto insopprimibile e fondamentale della libertà di informazione e di critica, corollario dell’art. 21 Cost.,...nonché dell’art. 2 della legge professionale n. 69/1963 (dedicato alla deontologia professionale del giornalista nell’ambito dell’ordinamento della professione del giornalista),....riconosciuto dalla Corte di Strasburgo (in particolare, con sentenza 27.3.1996) e dalla Carta dei doveri del giornalista (firmata a Roma l’8 luglio 1993 dalla Fnsl e dall’Ordine nazionale dei giornalisti, che tra i principi ispiratori prevede testualmente che “il giornalistaricerca e diffonde ogni notizia che ritenga di pubblico interesse, nel rispetto della verità e con la maggiore accuratezza possibile”, e cioè “fermi restando i limiti dell’interesse pubblico alla notizia (tra le altre, Cass. n. 7261/2008) e del linguaggio continentale, ispirato ad una correttezza formale dell’esposizione (sul punto, tra le altre, Cass. n. 7271/2005)”;*
 - b) che “*ne consegue che detta modalità di fare informazione non comporta violazione dell’onore e del prestigio di soggetti giuridici, con relativo discredito sociale, qualora ricorrano l’oggettivo interesse a rendere consapevole l’opinione pubblica di fatti e avvenimenti socialmente rilevanti, l’uso di un linguaggio non offensivo e la non violazione della correttezza professionale*”;
 - c) che “*pur in presenza della rilevanza costituzionale della tutela della persona e della sua riservatezza la prevalenza del fondamentale e insopprimibile diritto all’informazione si evince*”:
- dall’art. 1, comma 2, Cost., secondo cui la sovranità appartiene al popolo, dal momento che la sovranità si realizza mediante tutti gli strumenti democratici a tal fine predisposti dall’ordinamento, tra cui avrebbe un posto e una funzione preminente l’attività di indagine, necessaria perché “*il popolo possa ritenersi costituzionalmente sovrano (nel senso rigorosamente tecnico giuridico del termine)*”;
 - nell’avere il legislatore ricondotto reputazione e privacy “*nell’alveo delle eccezioni rispetto la principio generale della tutela dell’informazione*”.

La sentenza, nel suo sforzo di blindare sino al massimo livello costituzionale l’autorità ed il valore delle conclusioni a cui perviene, contiene alcune affermazioni non necessarie o sopra le righe che forse è opportuno innanzi tutto mettere da parte per concentrare l’attenzione sulla parte conclusiva e sui problemi che comporta, senza indulgere ad inutili diversivi.

8.1- Innanzi tutto, non sembra che fosse necessario affermare la natura “*più alta e più nobile*” del diritto d’inchiesta rispetto al normale diritto di

cronaca. Se la libertà di stampa ha la funzione – come dichiara la sentenza – di assicurare al popolo quella compiuta e corretta informazione che è presupposto necessario per un consapevole esercizio della sovranità, quello che veramente importa è la completezza e l'esattezza (cioè la *bontà oggettiva*) dell'informazione e non già il modo in cui essa sia stata acquisita, se semplicemente raccolta o creata *ex novo* dal giornalista (tratti che, ai fini dell'art. 1, comma 2, Cost., restano del tutto irrilevanti).

8.2 Ad ogni modo, venendo alla sostanza dei problemi sollevati, la sentenza fa due affermazione di grande rilievo sistematico:

- a) che un corretto esercizio del diritto all'informazione “*non comporta violazione dell'onore e del prestigio di soggetti giuridici, con relativo discredito sociale*”;
- b) che va riconosciuta “*la prevalenza del fondamentale e insopprimibile diritto all'informazione pur in presenza della rilevanza costituzionale della tutela della persona e della sua riservatezza*”.

Può però osservarsi:

sub a) il giornalista d'inchiesta in buona fede fa una lavoro analogo a quello del circense lanciatore di coltellini: in uno stato di eventuale colpa cosciente lancia un articolo potenzialmente mortale confidando nel fatto di avere con diligenza acclarato che la notizia sia vera e corretta. Ma *quid est veritas?* La risposta, come ben sapeva Pilato, è molto difficile; anche perché è molto difficile stabilire *a priori* se la verità sia *tutta* la verità. A volte, solo *ex post* è possibile rendersi conto che l'informazione apparentemente corretta in realtà non lo era; quante inchieste giudiziarie, partite con grande clamore, si concludono con un nulla di fatto perché la notizia originaria era vera ma non completa?. A quel punto però il danno è fatto, e il prestigio e l'onore del soggetto inciso può orami risultare irrimediabilmente compromesso. Per esempio, nel caso in esame è probabile che il giornalista del Tempo non sapesse che le analisi di laboratorio sono generalmente effettuate in modo informatizzato, *autoanalyser*, secondo un *software* in base al quale la macchina a domanda risponde: e cioè prende per buono l'ordine dell'operatore (che le dice di fare un'analisi su un campione di x), e non perde tempo ad esaminare preliminarmente se si tratti davvero di un campione di x o si tratti invece di un campione di y (analisi che sarebbe di *routine* in sede di polizia scientifica ma che normalmente è del tutto inutile in sede di analisi di laboratorio medico). A quel punto però la pubblicizzazione - sia pure in perfetta buona fede – di un referto acquisito in un quadro di notizie *vere* ma non *complete* può comportare il marchio di (apparente) malasanità, ed il relativo discredito sociale e commerciale del soggetto colpito dall'inchiesta, senza che l'opinione pubblica possa rendersi tempestivamente conto che l'inchiesta, malgrado l'astratta “nobiltà” di essa, abbia costituito, in concreto, poco più di uno scherzo di cattivo gusto.

Ma a parte queste considerazioni preliminari, va considerato che affermare in via generale la prevalenza del diritto di inchiesta sul diritto alla riservatezza comporta due conseguenze:

- a) che il giornalista che si proponga, o dichiari di proporsi, di svolgere una inchiesta non sia soggetto ai limiti oggettivi del diritto d'accesso sanciti dall'art. 24 delle legge n. 241 a tutela della pubblica e privata riservatezza;
- b) che, dal momento che il principio costituzionale della libertà di stampa assicura a chiunque, anche se non iscritto alla corporazione dei giornalisti, la facoltà di pubblicare un articolo, chiunque si proponga, o dichiari di proporsi, di svolgere una inchiesta da pubblicare poi sulla stampa sia anch'egli non soggetto ai limiti oggettivi dell'art. 24, sia per motivi soggettivi di *par condicio* sia per l'indicato motivo sostanziale che al titolare della sovranità interessa la notizia e non chi l'ha fornita;
- c) che, pertanto, sia pure per vie diverse, la Cassazione civile e quella penale già citata giungono - di fatto - alla conclusione che la riservatezza non sia un diritto fondamentale e incondizionato ma un diritto che deve cedere il passo ogni qual volta ricorrono “*l'oggettivo interesse a rendere consapevole l'opinione pubblica di fatti e avvenimenti socialmente rilevanti, l'uso di un linguaggio non offensivo e la non violazione della correttezza professionale*”; il che comporta – sempre di fatto – l'implicita abrogazione degli attuali limiti oggettivi al diritto d'accesso. Ed è abbastanza singolare che questi limiti non vengano mai citati dalla Cassazione, che probabilmente non li aveva presenti, dal momento che in entrambi i casi ha sempre esaminato la questione secondo l'ottica del giudice ordinario, e cioè dal versante della riservatezza, senza tener conto che riservatezza ed accesso sono due concetti che si presuppongono a vicenda.

Sarebbe quindi quanto mai opportuno un intervento del legislatore che faccia chiarezza in proposito.

9- Esiste ancora la necessità che la legge n. 241 rechi un'apposita disposizione sulla violazione del segreto d'ufficio?

A questo punto, però, sorge spontanea una domanda: esiste ancora la necessità che la legge n. 241 rechi un'apposita disposizione sulla violazione del segreto d'ufficio?

Per rispondere a questo interrogativo occorre partire dalla constatazione che in materia attualmente esistono due complessi di disposizioni, per ognuno dei quali è dichiarato che “*costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*”, e che quindi è dichiarato integrativo del dettato costituzionale:

- a) quello degli artt. 22-24 e 29, comma 2 bis, della legge n. 241, secondo cui l'accesso *dove* avere limiti, complesso che ha l'appoggio esterno del Trattato di Lisbona;

b) quello degli artt. 11 e 74 del decreto Brunetta, da cui si desume che l'accesso *non deve* avere limiti; questo anche se, almeno a quanto risulta sino ad ora, non sembra che tale decreto sia stato preso troppo sul serio dalle Amministrazioni, che si sono limitate a qualche iniziativa (non generalizzata) di maggiore trasparenza delle retribuzioni del personale dipendente. Tale secondo complesso ha a sua volta l'appoggio esterno delle sentenze della Cassazione citate ai precedenti nn. 6 e 8.

Per l'interprete quindi resta l'imbarazzo della scelta tra i due complessi, anche se – a rigore – il decreto Brunetta, in quanto *lex posterior*, dovrebbe prevalere sulla legge 241 come modificata dalla legge n. 69/2009; scelta peraltro che, essendo non tecnica ma di politica generale del diritto, avrebbe dovuta essere fatta dal legislatore e non dall'interprete. E così si concreta, ancora una volta, una situazione – per così dire – da “pianto antico”: nel senso che sembra di risentire le meste parole – di Seneca, se ben ricordo - *ut olim vitis nunc legibus laboramus*.

Ad ogni modo:

- se si sceglie la via della legge 241 e del Trattato di Lisbona la figura del segreto d'ufficio (e quindi l'art. 28 della legge 241) è inutile perché in sostanza non è altro che il negativo della fotografia del diritto d'accesso: infatti si limita ad indicare in termini negativi (e cioè stabilendo ciò che non va fatto) gli stessi comportamenti che gli artt. 22-24 della legge indicano in termini positivi (e cioè stabilendo ciò che va fatto);

se invece si sceglie la via del decreto legislativo Brunetta la figura del segreto d'ufficio svanisce del tutto: diventa una scatola vuota, un'ombra senza più corpo.

Di tutto ciò il legislatore dovrebbe cominciare col prendere atto.

10- Uno strano quartetto. La necessità di un salto di qualità del diritto d'accesso, da garanzia giustiziale ad interesse europeo in quanto fattore di produzione, con conseguente nuovo e più ampio ruolo della Commissione per l'accesso.

Da quanto sopra rilevato risulta che il diritto d'accesso, il segreto d'ufficio (ammesso che sopravviva), la tutela dei dati personali e la trasparenza totale formano uno strano quartetto, costituito da concetti che nell'ordinamento continuano convivere ma che logicamente si escludono a vicenda, almeno in parte: nel senso che il diritto d'accesso può logicamente convivere sia con il segreto d'ufficio sia con la tutela dei dati personali, dal momento che può costituire un *quid medium* di essi, ma il segreto d'ufficio e la tutela dei dati personali sono logicamente incompatibili con la trasparenza assoluta, in quanto espressione di ideologie antitetiche: e quindi uno di essi deve essere necessariamente falso, o quanto meno da intendere in senso fortemente riduttivo. Ma quale di loro?

La buona educazione istituzionale impone all'interprete — *noblesse oblige* — di elaborare una soluzione che consenta di superare le apparenti o — purtroppo — reali aporie dell'ordinamento, ricomponendo il tutto in un insieme accettabile. In questo spirito, nel caso in esame la ricomposizione può essere ottenuta solo riconoscendo:

- 1) che il segreto d'ufficio, nel suo senso proprio di segreto soltanto amministrativo (con esclusione pertanto delle notizie e degli atti già *ex se* segretati), oggi è svanito del tutto, o quanto meno riguarda soltanto gli atti non segretati ma purtuttavia non accessibili; con il che, peraltro, il tradizionale segreto d'ufficio, quale enunciato dal citato art. 28 della legge n. 241/1990, degraderebbe a categoria inutile, in quanto priva di un proprio autonomo contenuto;
- 2) che la trasparenza, contrariamente a quanto affermato dall'art. 11 del decreto Brunetta, non comporta una “*accessibilità totale*” in senso assoluto ma un'accessibilità totale nell'ambito degli atti accessibili ai sensi della legge n. 241/1990, nel senso cioè che in questo ambito il diritto d'accesso non incontra alcun limite soggettivo o funzionale; con il che, peraltro, l'area oggettiva della trasparenza verrebbe a risultare totalmente coincidente con quella del diritto d'accesso, e quindi risulterebbe anch'essa priva di un proprio autonomo contenuto;
- 3) che pertanto *la vigente disciplina del diritto d'accesso ha assorbito la parte vitale della disciplina sia del segreto d'ufficio che della trasparenza*, che restano dei gusci vuoti;
- 4) che allora occorre ripensare il ruolo del diritto d'accesso nel sistema, al fine di meglio collegarlo alla normativa europea e di renderlo funzionale anche alle indicate potenziali utilità economiche di “*riutilizzo*” ad esso connesse: a quelle utilità, che come già accennato (v. prec. par. 4.4), potrebbero trasformare il diritto d'accesso da **dovere** delle amministrazioni di corrispondere ad interessi giuridici di privati ad **interesse pubblico** e addirittura ad **interesse europeo**, conferendogli la funzione di *risorsa* che deve poter diventare un fattore di crescita politica economica e sociale: e cioè un *fattore di produzione*, nell'attuale pienezza di valori politici, etici e sociali di tale concetto.

Appare quindi matura — ed urgente — una profonda rimeditazione della materia.

Sotto il profilo della democrazia reale va tenuto presente che l'inefficienza o addirittura la scomparsa dei controlli sull'operato delle pubbliche amministrazioni ne sta incidendo pesantemente la credibilità, con conseguente divaricazione del solco tra amministratori e amministrati e fuga degli amministrati dall'interesse generale (percepito come interesse estraneo). Gli unici rimedi apparentemente praticabili senza ulteriori spese (ed anzi con qualche guadagno) sembrano quelli di liberare l'accesso dal vincolo dell'interesse soggettivo legittimante, di abbandonare anacronistiche

preoccupazioni di accesso “per mera curiosità” (come se cercare di capire se i propri soldi vengono amministrati bene o male fosse una cosa disdicevole), ed in particolare di aprire l’accesso a quel “controllo generalizzato” che si è voluto illogicamente escludere e che invece potrebbe fare dei cittadini una sorta di consapevoli collaboratori esterni di giustizia e di correttezza amministrativa, fermi restando – ovviamente – i limiti oggettivi relativi alla non ostensibilità di determinate categorie di atti o di notizie. E con questo non si inventa niente: si dà semplicemente corpo alla parte vitale della teoria del decreto Brunetta, che all’art. 11 precisa che la trasparenza ha lo “*scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*”, e quindi postula un accesso da parte di chiunque e senza limiti oggettivi di ampiezza.

Sotto il profilo economico troppe amministrazioni operano come se lo sfruttamento delle risorse in loro possesso non fosse affar loro: piangono miseria e non si curano di sfruttare al meglio i beni in loro possesso. Dovrebbero invece tener presente che tra le iniziative di finanza creativa andrebbero considerate anche quelle relative allo sfruttamento economico delle notizie e delle informazioni di cui sono depositarie. Occorrerebbe quindi cominciare a pensare ad uno *screening* preliminare dei dati economicamente utilizzabili. E anche qui non si inventa niente: si dà unicamente corpo ed attuazione pratica alla teoria europea del “riutilizzo” (cfr. il parere positivo reso al riguardo alla Presidenza del Consiglio dei ministri dalla Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 88).

Sotto il profilo del coordinamento con il diritto europeo va ricordato che quest’ultimo concepisce il diritto d’accesso come l’altra faccia del dovere di trasparenza; esplicito in tal senso il Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, che all’art. 15, ridisciplina la materia dell’accesso prevista dall’art 255 del Trattato della Comunità Europea, premettendo: “*Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell’Unione operano nel modo più trasparente possibile*”. Perciò secondo la logica dell’ordinamento europeo il diritto d’accesso *non attiene ai rapporti economici ma ai rapporti politici* e se attiene ai rapporti politici non ha alcun senso né pretendere un ulteriore specifico interesse legittimante (dal momento che si tratta di una forma di partecipazione democratica al buon governo, e quindi l’interesse è in *re ipsa*, com’è per il diritto di voto) né porre il limite del controllo generalizzato (dal momento che *il controllo generalizzato è proprio l’effetto che il Trattato vuole perseguire*). Ne consegue che l’esercizio del diritto d’accesso può essere subordinato soltanto – al più – alla qualità di cittadino dell’Unione. E siccome il diritto europeo esercita una crescente pressione conformativa su quelli nazionali è presumibile che la logica europea

finirà fra non molto con l'imporsi a quella italiana; sicché non sembra proprio il caso di impegnarsi troppo in battaglie di retroguardia in difesa dell'interesse specifico all'accesso e del divieto di controllo generalizzato.

Sotto il profilo strutturale, infine, esiste già un organismo - la Commissione governativa per l'accesso ai documenti amministrativi - che con minima spesa per l'erario e a costo zero per gli interessati ha sinora costituito una sede amministrativa giustiziale di equilibrato impulso alla cultura ed all'effettività non solo del diritto d'accesso ma anche delle situazioni ad esso collegate, quali la trasparenza e la tutela dei dati personali, svolgendo così un importante ruolo di educazione sia alla democrazia partecipativa sia alla giustizia come valore costituzionale concreto: perché la promessa della Costituzione di garantire a "tutti" la tutela dei diritti e degli interessi legittimi in sede giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione può risultare, per gran parte dei cittadini, una scatola vuota, una giustizia di classe – o, più esattamente, di censio - in contrasto con il principio di uguaglianza, dal momento che non si può parlare realmente di "garanzia" quando poi l'esercizio di tale garanzia comporta spese e tempi che non sono sopportabili da gran parte degli interessati. E quindi, il prestigio ormai acquisito dalla Commissione in un settore oggettivamente limitato ma molto rilevante sotto il profilo della partecipazione democratica all'attività amministrativa e che significativamente presenta un crescente gradimento da parte degli utenti, indurrebbe a potenziare l'attività di questo organo, che opera in tempi molto brevi, senza alcuna formalità e senza alcuna spesa per gli interessati, colmando così, per quanto di competenza, il solco tra istituzioni e amministratori. Andrebbe quindi valutato se alla Commissione, che finora ha bene operato *nel prevalente interesse giuridico privato degli aspiranti all'accesso, e cioè come garanzia giustiziale*, sia opportuno affidare gli ulteriori compiti di coordinare ed indirizzare la cultura e l'effettività dell'accesso a fini di riutilizzo *nel prevalente interesse politico-economico della collettività, come garanzia politico-economica*: e cioè, come rilevato al precedente paragrafo **4.4**, garantendo che la conoscenza degli atti e delle notizie in possesso delle pubbliche amministrazioni (e dei soggetti ad esse equiparati dalla legge 241) possa assumere anche la funzione di strumento di crescita politica, economica e civile, divenendo così un *fattore di produzione*, nell'attuale pienezza di valori di tale concetto.

Certo, tutto questo significa proiettarsi con decisione nel futuro; e, si sa, quando si risveglia il futuro in anticipo quello che spesso si ottiene è soltanto un presente assonato. Ma in questo caso mi auguro che la consapevolezza della gravità dell'attuale momento economico e sociale induca tutti a riconoscere la necessità e l'urgenza di far sorbire a questo presente, e di buon mattino, un buon caffè.

2. La composizione della Commissione dalla istituzione ad oggi (1991-2010)

La composizione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 27 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche ed integrazioni, ha subito una modifica per effetto della legge n. 15 del 2005 che ne ha sostanzialmente ridotto i componenti, in un'ottica di semplificazione e razionalizzazione.

Dal 1991, anno di costituzione, al 2005, la Commissione, nominata con decreto del Presidente della Repubblica, risultava composta da sedici membri, dei quali:

- due senatori e due deputati, designati dai Presidenti delle rispettive Camere;
- quattro scelti fra i magistrati e gli avvocati dello Stato, designati dai rispettivi organo d'autogoverno;
- quattro fra i professori di ruolo in materia giuridico – amministrativa;
- quattro fra i dirigenti dello Stato e degli altri enti pubblici.

Con DPCM 15 luglio 2005, si è provveduto alla ricostituzione della Commissione ai sensi delle modifiche legislative intervenute, secondo la seguente composizione, oltre al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che la presiede di diritto:

- due senatori e due deputati, designati dai Presidenti delle rispettive Camere;
- quattro fra i magistrati e gli avvocati dello Stato, designati dai rispettivi organo d'autogoverno;
- due fra i professori di ruolo in materia giuridico - amministrativa, designati dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca;
- uno fra i dirigenti dello Stato o di enti pubblici, designati dalla Presidenza del Consiglio dei ministri;
- il capo della struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri che costituisce il supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione (capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo).

A decorrere dal 2005, sono stati, altresì, nominati i cinque esperti a supporto della Commissione medesima, ai sensi dell'art. 27, comma 2, ultimo periodo.

Di seguito, la composizione dei primi venti anni della Commissione

COMPOSIZIONE TRIENNIO 1991-1994**D.P.C.M. 31 maggio 1991 (integrato con D.P.C.M. 27 giugno 1991)**

Presidente: Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri
pro tempore

Componenti:

- Sen. Giorgio Giulio COVI;
- Sen. Francesco GUIZZI;
- On. Augusto Antonio BARBERA;
- On. Adriano CIAFFI;
- Prof. Antonio CARULLO, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico
presso l'Università di
Bologna, con funzioni di Vice Presidente;
- Dott. Silvino COVELLI, Presidente di Sezione della Corte dei Conti;
- Avv. Ignazio Francesco CARAMAZZA, Segretario Generale
dell'Avvocatura Generale dello Stato;
- Dott. Alessandro PAJNO, Consigliere di Stato;
- Prof. Pietro Alberto CAPOTOSTI, Ordinario di Istituzioni di Diritto
Pubblico presso l'Università
“La Sapienza” di Roma;
- Prof. Massimo C. BIANCA, Ordinario di Diritto Civile presso l'Università
“La Sapienza” di Roma;
- Prof. Aldo LOIODICE, Ordinario di Diritto Costituzionale presso
l'Università di Bari;
- Prof. Ing. Gianni BILLIA, Segretario Generale del Ministero delle Finanze;
- Dott. Cesare VETRELLA, Dirigente Generale della Presidenza del
Consiglio dei Ministri;
- Dott. Mario SERIO, Dirigente Generale dell'Archivio Centrale dello Stato;
- Cons. Vincenzo MARINELLI, Magistrato di Corte d'Appello, sostituito, in
quanto dimissionario,
dal Cons. Eduardo di SALVO, a far data dal 1994;
- Dott. Elio FELICIANI, Dirigente dell'A.N.A.S. (dimissionario dal 23
dicembre 1993).

A seguito dello scioglimento anticipato della Commissione (art. 27, 3° comma
della Legge 241 del 1990)

i quattro membri parlamentari sono stati sostituiti, con D.P.C.M. 9 febbraio
1993, con i seguenti:

- Sen. Avv. Maria Giovanna VENTURI;
- Sen. Terzo PIERANI;
- On. Avv. Eugenio TARABINI;
- On. Prof. Giulio CELLINI.

**COMPOSIZIONE TRIENNIO 1994-1997
D.P.C.M. 24 novembre 1994**

Presidente: Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri
pro tempore

Componenti:

- Sen Luigi ROVEDA;
- Sen. Antonella BRUNO GANERI;
- On. Mario FERRARA;
- On. Vincenzo NESPOLI;
- Prof. Carlo MEZZANOTTE, Ordinario di Diritto Costituzionale presso la Libera Università

Internazionale Studi Sociali;

- Dott. Silvino COVELLI, Presidente di Sezione della Corte dei Conti;
- Avv. Ignazio Francesco CARAMAZZA, Segretario Generale dell'Avvocatura dello Stato;
- Dott. Alessandro PAJNO, Consigliere di Stato;
- Dott. Eduardo di SALVO, Sostituto Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di

Cassazione;

- Prof. Achille MELONCELLI, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico dell'Economia presso la Terza Università di Roma;
- Prof. Massimo C. BIANCA, Ordinario di Diritto Civile presso l'Università "La Sapienza" di Roma;
- Prof. Aldo LOIODICE, Ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università di Bari;
- Dott. Cesare VETRELLA, Dirigente Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- Dott. Mario SERIO, Dirigente Generale dell'Archivio Centrale dello Stato;
- Dott. Giorgio TINO, Dirigente Generale del Ministero delle Finanze.

**COMPOSIZIONE TRIENNIO 1998-2001
DPCM 17 marzo 1998**

Presidente: Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri pro tempore

Componenti:

- Sen. Ernesto MAGGI;
 - Sen. Palmiro UCCHIELLI;
 - On. Pietro CAROTTI;
 - On. Paolo MAMMOLA;
 - Avv. Ignazio Francesco CARAMAZZA, Avvocato dello Stato;
 - Dott. Giuseppe SEVERINI, Consigliere di Stato;
 - Dott. Gaetano D'AURIA, Consigliere della Corte dei Conti;
 - Prof. C. Massimo BIANCA, Ordinario di Diritto Civile presso l'Università "La Sapienza" di Roma;
 - Prof. Marcello CLARICH, Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università di Siena;
 - Prof. Andrea PISANESCHI, Straordinario di Diritto Pubblico presso l'Università di Siena;
 - Prof. Giulio VESPERINI, Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università della Tuscia di Viterbo;
 - Dott.ssa Anna GARGANO, Dirigente Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri;
 - Dott. Giovanni CALOSSO, Dirigente Generale dell'Istituto nazionale di Statistica;
 - Dott.ssa Pia MARCONI, Dirigente Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri;
 - Dott. Giorgio TINO, Dirigente Generale del Ministero delle Finanze.
- Con D.P.C.M. in data 12 giugno 1998, la composizione della Commissione è stata integrata con il Consigliere di Cassazione Dott. Giancarlo CAPALDO.
In data 17 novembre 1998, è stato confermato Vice Presidente della Commissione (ex art.2 del regolamento interno) l'Avv. Ignazio Francesco CARAMAZZA.

COMPOSIZIONE TRIENNIO 2002-2005

**DPCM 24 maggio 2002 (integrato con DPCM 8 novembre 2002 e
DPCM 29 novembre 2002)**

Presidente: Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri pro tempore

Componenti:

- Sen. Aleandro LONGHI;
- Sen. Ida DENTAMARO;
- On. Pierantonio ZANETTIN;
- On. Giorgio CONTE;
- Avv. Ignazio Francesco CARAMAZZA, Vice Avvocato Generale dello Stato, con funzioni di

Vicepresidente della Commissione;

- Prof. Dott. Luigi COSSU, Presidente di sezione del TAR Lazio;
- Dott. Giorgio PUTTI, Consigliere della Corte dei Conti;
- Dott. Achille MELONCELLI, Consigliere di Cassazione;
- Prof. Cesare Massimo BIANCA, Ordinario di Diritto Civile presso l'Università degli studi "La Sapienza" di Roma;
- Prof. Aldo SANDULLI, Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Urbino;
- Prof. Claudio FRANCHINI, Ordinario di Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma

Tor Vergata;

- Prof. Giulio VESPERINI, Straordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Viterbo – La Tuscia;
- Dott. Ferruccio SEPE, Dirigente di prima fascia del ruolo unico dei dirigenti designato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- Dott. Alberto STANCANELLI, Dirigente di prima fascia del ruolo unico dei dirigenti designato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- Dott. Antonio BIGI, Dirigente di seconda fascia del ruolo unico dei dirigenti designato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- Dott.ssa Barbara TORRICE, Dirigente di seconda fascia del ruolo unico dei dirigenti designato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.P.C.M. 8 novembre 2002 il Dott. Antonio NADDEO, dirigente di prima fascia del ruolo unico dei dirigenti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, è stato nominato componente, in sostituzione del Dott. Alberto STANCANELLI dimissionario.

Con D.P.C.M. 29 novembre 2002, il Sen. Luciano MODICA è stato nominato componente, in sostituzione del Sen. Aleandro LONGHI, dimissionario.

COMPOSIZIONE TRIENNIO 2005-2008

**DPCM 15 luglio 2005 (integrato con DPCM 22 settembre 2006, con
DPCM 3 agosto 2007 e con DPCM 23 novembre 2007)**

Presidente:

Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri pro tempore, con funzioni di Presidente della Commissione.

Componenti:

- Sen. Luciano MAGNALBÒ;
- Sen. Luciano MODICA;
- On. Gianclaudio BRESSA;
- On. Pierantonio ZANETTIN;
- Cons. Gianpiero Paolo CIRILLO, Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo, struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri di supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione, membro di diritto;

- Cons. Tommaso ALIBRANDI, Presidente di sezione del Consiglio di Stato;
- Avv. Ignazio Francesco CARAMAZZA, Vice Avvocato generale dello Stato, con funzioni di vice

Presidente della Commissione;

- Dott. Salvatore RUSSO, Presidente di sezione del Tribunale di Nocera Inferiore;
- Cons. Giorgio PUTTI, Consigliere della Corte dei conti;
- Prof. Claudio FRANCHINI, Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata;
- Prof. Carlo COLAPIETRO, Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Roma Tre;
- Dott.ssa Barbara TORRICE, Dirigente di seconda fascia del ruolo del Ministero della difesa.

A seguito di fine legislatura, con DPCM 22 settembre 2006, la composizione è stata così modificata:

- Cons. Luigi GALLUCCI, Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo, struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri di supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione, membro di diritto;
- Sen. Emilio Nicola BUCCICO;

- Sen. Edoardo POLLASTRI;
- On. Fabio BARBATELLA;
- On. Giancarlo TAURINI.

Da ultimo, la Commissione è stata ricostituita, per la durata di un triennio, con d.P.C.M. 28 agosto 2008 e d.P.C.M. 27 marzo 2009, ed è composta dai seguenti nominativi:

- Dr. Gianni Letta, Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con funzioni di Presidente della Commissione;
- Sen. Gennaro Coronella, componente designato dal Presidente del Senato della Repubblica;
- Sen. Gerardo D'Ambrosio, componente designato dal Presidente del Senato della Repubblica;
- On. Daniela Sbrollini, componente designato dal Presidente della Camera dei Deputati;
- On. Roberto Speciale, componente designato dal Presidente della Camera dei Deputati;
- Cons. Salvatore Giacchetti, presidente di sezione del Consiglio di Stato, componente designato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa;
- Avv. Ignazio Francesco Caramazza, avvocato generale dello Stato, componente designato dall'Avvocatura Generale dello Stato;
- Cons. Ivan De Musso, consigliere della Corte dei conti, componente designato dal Consiglio dei Presidenza della Corte dei Conti;
- Dr. Marco Mancini, magistrato ordinario, componente designato dal Consiglio Superiore della Magistratura (d.P.C.M. 27 marzo 2009);
- Prof. Carlo Colapietro, docente ordinario di Diritto costituzionale della facoltà di Scienze Politiche presso l'Università Roma 3, componente designato dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca;
- Prof. Claudio Franchini, professore di diritto amministrativo, direttore del Dipartimento di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, componente designato dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca;
- Dr.ssa Barbara Torrice, dirigente di seconda fascia del ruolo del Ministero della difesa, componente designato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- Cons. Diana Agosti, Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo, struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri di supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione, membro di diritto.

3. La struttura di supporto ai lavori della Commissione: il Dipartimento per il Coordinamento amministrativo

L'art. 3, comma 1, del Regolamento interno della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, stabilisce che il supporto all'attività della Commissione è fornito dal Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo, ai sensi dell'art. 18 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 luglio 2002 e successive modificazioni e integrazioni.

Il Dipartimento fornisce un valido e prezioso supporto tecnico amministrativo all'organismo. Provvede, secondo l'art. 3, comma 2, del Regolamento interno, al coordinamento degli esperti, alla predisposizione di tutti gli elementi necessari per le attività e le deliberazioni della Commissione, all'organizzazione dell'archivio dei regolamenti di cui all'art. 11, comma 3, del d.P.R. n. 184 del 2006, al servizio di segreteria delle sedute della Commissione, alla massimizzazione delle deliberazioni, nonché allo svolgimento di ogni altra attività ad esso demandata da quest'ultima, tra le quali la predisposizione dello schema di relazione annuale al Parlamento sulla trasparenza dell'attività amministrativa.

Non meno importante è l'attività editoriale che il Dipartimento svolge ormai costantemente, pubblicando annualmente volumi dedicati all' "Accesso ai documenti amministrativi", oltre ai relativi supplementi quadrimestrali.

In occasione dei vent'anni dalla legge 241 del 1990 e dalla istituzione della Commissione, il Dipartimento ha curato, su impulso della Commissione medesima, la pubblicazione di un volume speciale, ulteriore rispetto al consueto volume annuale ed al massimario delle pronunce della Commissione, contenente tutta la normativa vigente in materia di accesso. Il volume, che rappresenta un compendio utile agli addetti ai lavori ed al cittadino che debba orientarsi in merito ai suoi diritti e agli strumenti di tutela che l'ordinamento riconosce, è stato distribuito in occasione della manifestazione del FORUMPA 2010, realizzata nel mese di maggio presso la Fiera di Roma.

Nel corso del 2010, il Dipartimento ha svolto la sua attività secondo le modalità informatiche avviate alla fine del 2009, consentendo una maggiore celerità ai lavori della Commissione ed un notevole risparmio dei costi dell'amministrazione, connesso alla pressocchè completa abolizione della documentazione cartacea attinente a ciascuna adunanza.

Grazie all'innovazione posta in essere, infatti, le riunioni plenarie della Commissione si svolgono in modalità informatizzata presso la Sala della Biblioteca Chigiana, mediante la consultazione di un "faldone virtuale" in formato elettronico presso le postazioni informatiche messe a disposizione di ciascun componente.

Nel mese di novembre, come citato nel paragrafo 1 della presente Relazione, il Dipartimento ha altresì collaborato alla realizzazione, curata dall'Università degli Studi di "Roma Tre", di un convegno commemorativo dei vent'anni della legge n. 241 del 1990 e della Commissione per l'accesso.

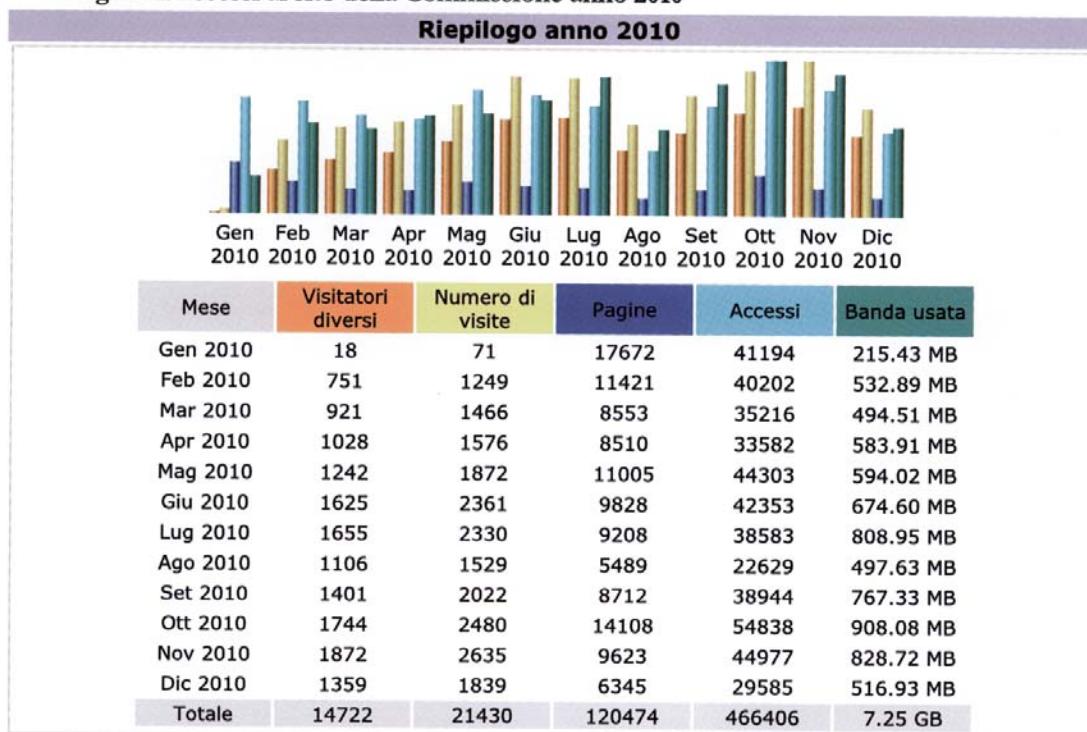
Infine, nel corso del 2010, è stata completata la realizzazione del sito internet, nell'ambito della Presidenza, interamente dedicato alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.

Il sito raccoglie, anzitutto, tutto ciò che riguarda l'attività della Commissione. Collegandosi all'indirizzo www.commissioneaccesso.it è infatti possibile seguire i lavori della Commissione e le sedute, nonché consultare le pubblicazioni e la giurisprudenza e la normativa in materia di accesso.

Mediante il sito, ciascun cittadino e le amministrazioni coinvolte vengono a conoscenza, in tempo reale, delle convocazioni di ogni seduta plenaria e possono pertanto seguire l'iter delle relative richieste di parere e dei ricorsi presentati.

D'altra parte, in occasione di ogni adunanza è predisposto prontamente un comunicato stampa che riassume gli esiti delle decisioni e dei pareri più rilevanti. Il successo dell'iniziativa è confermato dall'elevato numero di visitatori e di accessi. Nell'immagine qui sotto, si può osservare il riepilogo dei dati registrati nel corso dell'anno.

Figura 1: accessi al sito della Commissione anno 2010



Dal grafico si evidenzia un dato sorprendente: gli accessi al sito web della Commissione sono, mensilmente, decine di migliaia e le visite - e cioè le esplorazioni più approfondite nella navigazione del sito - sono più di mille ogni mese.

Il trend di interesse, superato oramai l'anno di utilizzo, può dirsi costante.

4. Sintesi sul ruolo e sull'attività della Commissione dal 2006 al 2010

Il 2010 ha confermato la crescente propensione all'aumento dei lavori della Commissione per l'accesso. Nel 2010, si sono, infatti, tenute 16 adunanze plenarie, con costante incremento rispetto alle 15 riunioni del 2009, alle 13 del 2008, alle 12 del 2007 e alle 7 del 2006.

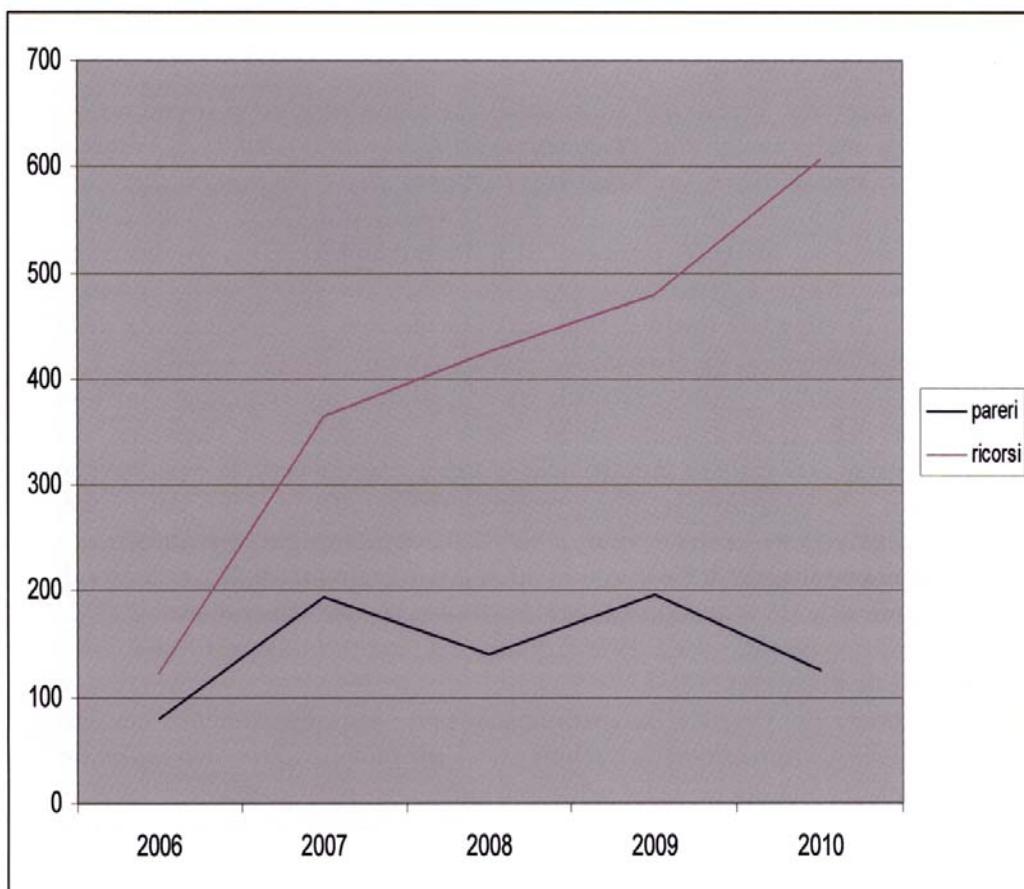
In particolare, nel corso dell'anno 2010, la Commissione si è riunita in adunanza plenaria nei giorni: 12 gennaio 2010; 2 febbraio 2010; 23 febbraio 2010; 16 marzo 2010; 13 aprile 2010; 4 maggio 2010; 25 maggio 2010; 17 giugno 2010; 6 luglio 2010; 20 luglio 2010; 14 settembre 2010; 28 settembre 2010; 12 ottobre 2010; 26 ottobre 2010; 16 novembre 2010; 14 dicembre 2010.

Il grafico di cui alla **Figura 2** evidenzia nel dettaglio la forte crescita delle attività della Commissione rispetto ai precedenti anni.

Partendo dal 2006 - anno nel quale si è aggiunta, alle originarie funzioni consultive della Commissione anche l'attività giustiziale di decisione dei ricorsi avverso i dinieghi di accesso delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato – si nota un costante e sempre crescente incremento dei ricorsi, mentre i pareri, in crescita fino al 2007, assumono poi un andamento altalenante, che li vede decrescere nel 2008 (sono state infatti 141 richieste di parere contro le 194 del 2007), per poi crescere nuovamente nel 2009 (le richieste di parere sono state 197) e quindi decrescere nuovamente nel 2010 (144 richieste di parere).

La decrescita dei pareri è da attribuirsi in parte al potenziamento del Sito Internet della Commissione, arricchito con l'inserimento oltre al massimario della Commissione anche delle principali pronunce del Consiglio di Stato e dei TAR in materia d'accesso e in parte alla continua e attenta opera di informazione e consulenza - diretta sia ai cittadini che alle amministrazioni - svolta dalla Struttura di supporto attraverso la linea telefonica di *front line* (06/67796700) dedicata alla Commissione all'accesso.

Accanto alla tendenziale stabilità delle richieste di parere, si registra una crescita continua dei ricorsi (i ricorsi sono stati 603 nel 2010, in forte aumento rispetto ai 479 nel 2009 e ai 426 del 2008). Ciò a conferma delle rilevanti funzioni *giustiziali* svolte dalla Commissione per dirimere preventivamente i contrasti e le controversie tra cittadini e pubblica amministrazione, con un crescente connesso effetto deflattivo sul contenzioso giurisdizionale in materia d'accesso. Il rimedio amministrativo del ricorso alla Commissione è divenuto - anche grazie all'introduzione della possibilità di presentare i ricorsi a mezzo PEC - uno strumento diffusamente conosciuto ed utilizzato dai cittadini per un efficace tutela del diritto d'accesso ai documenti.

Figura 2: attività della Commissione dal 2006 al 2010

5. I ricorsi dinanzi alla Commissione

5.1. La procedura

In caso di diniego espresso o tacito (parziale o totale), o differimento dell'accesso, i cittadini possono, entro trenta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento di diniego o dalla formazione del silenzio-rigetto sulla richiesta di accesso, presentare ricorso alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ai sensi dell'articolo 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990.

La procedura è disciplinata, oltre che dal citato articolo 25, dagli articoli 11 e 12 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184

Il ricorso alla Commissione per l'accesso è completamente gratuito e non richiede particolari formalismi. Può proporlo l'interessato all'accesso avverso il diniego espresso o tacito dell'accesso ovvero avverso il provvedimento di differimento dell'accesso, ed anche il controinteressato all'accesso avverso le determinazioni che consentono l'accesso. I ricorsi possono essere trasmessi mediante raccomandata con avviso di ricevimento indirizzata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi o anche a mezzo fax o per via telematica, inviandolo all'indirizzo di P.E.C. della Commissione. Nel 2010, si è verificato un fortissimo incremento dell'utilizzo di tale mezzo da parte dei cittadini.

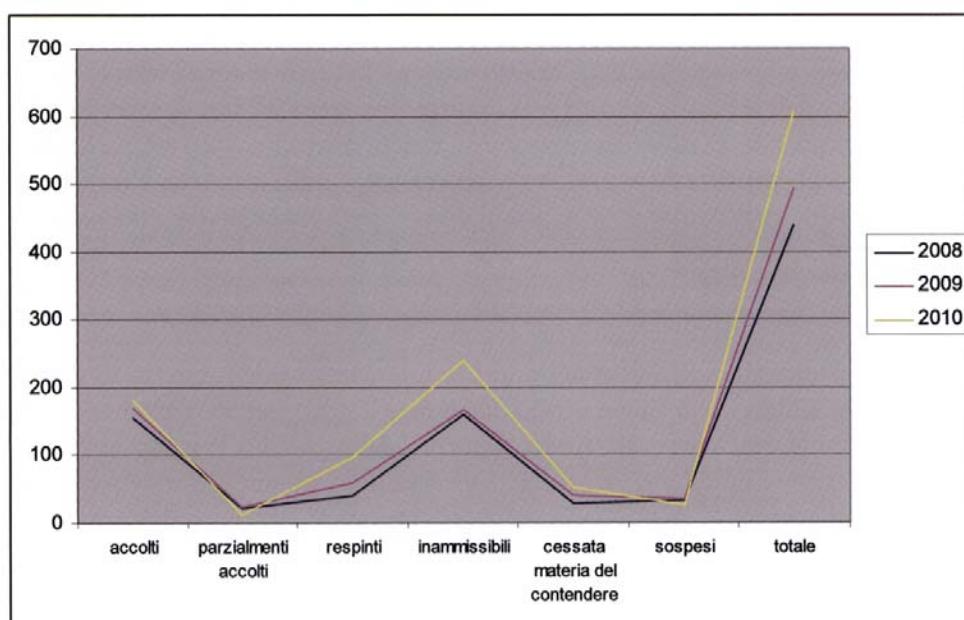
Il ricorso, notificato agli eventuali controinteressati, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica, è presentato nel termine di trenta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento impugnato o dalla formazione del silenzio-rigetto sulla richiesta d'accesso. Nel termine di quindici giorni dall'avvenuta comunicazione i controinteressati possono presentare alla Commissione le loro controdeduzioni (art. 12 , c. 2 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184). Nel termine di 30 giorni dalla presentazione, la Commissione deve decidere il ricorso.

Scaduti i termini senza una pronuncia della Commissione, il ricorso si intende respinto. Al riguardo, si segnalala che la Commissione si è sempre pronunciata espressamente, nei termini, su tutti i ricorsi presentati e che mai si è formato il silenzio- rigetto per inutile decorso del tempo. La Commissione, nonostante il cospicuo aumento dei numero dei ricorsi presentati, (evidenziato nella **Figura 2**) anche nell'anno 2010 è riuscita a decidere tempestivamente tutti i ricorsi Per raggiungere tale obiettivo le sedute sono state convocate a non più di tre settimane di distanza l'una dall'altra. L'informatizzazione e la dematerializzazione dei lavori della Commissione, attraverso la creazione del fascicolo elettronico avviata nel 2009 e completata

dalla Struttura di supporto nel 2010, hanno reso più agili e spediti i lavori della Commissione, consentendo di raggiungere dei livelli sempre maggiori di efficienza e produttività.

Inoltre, la pubblicazione delle decisioni e dei pareri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi costituisce un efficace strumento per diffondere il principio di trasparenza tra le amministrazioni e i cittadini. Le decisioni e i pareri, infatti, non soltanto costituiscono oggetto di pubblicazioni specifiche, ma sono consultabili sul sito web: (<http://www.commissioneaccesso.it>). L'esito dei ricorsi nel 2008, nel 2009 e 2010 è stato messo a confronto nella **Figura 3**.

Figura 3: esito dei ricorsi nel 2008, nel 2009 e nel 2010



Come si può osservare, l'andamento delle decisioni è abbastanza costante nei tre anni considerati. Si può notare che nel 2008 e nel 2009, il totale dei ricorsi inammissibili è sostanzialmente coincidente, mentre si osserva un incremento dell'inammissibilità nel 2010, dovuto sostanzialmente al notevole innalzamento del totale dei ricorsi decisi. Si osserva, inoltre, un aumento – sempre tendenzialmente proporzionale all'aumento dei ricorsi decisi – delle dichiarazioni di improcedibilità per cessazione della materia del contendere. Deve osservarsi al riguardo che ciò denota la crescente propensione delle amministrazioni resistenti a concedere l'accesso agli atti in pendenza del ricorso alla Commissione per l'accesso. Il fatto che le amministrazioni consentano l'accesso nelle more della decisione del ricorso può essere interpretato come un indicatore del livello di *moral suasion* esercitata dalla

Commissione nei confronti delle amministrazioni resistenti, incentivate a consentire l'accesso. Ciò realizza, di fatto, un positivo effetto di immediata tutela sostanziale del diritto d'accesso, già nella fase prodromica del procedimento innanzi alla Commissione stessa. Inoltre, si evidenzia una sostanziale diminuzione dei ricorsi sospesi nel 2010, rispetto a quanto osservato negli anni 2008-2009. Considerato il fatto che la sospensione deriva da una pluralità di situazioni che richiedono un'integrazione di istruttoria (ad esempio vi sono comprese le richieste di notifica ai controinteressati da parte dell'amministrazione resistente o la richiesta di elementi integrativi a carico del ricorrente, quali l'allegazione della richiesta d'accesso o chiarimenti a carico della parte resistente) si può ipotizzare che all'aumentare del numero di ricorsi corrisponda una sempre migliore e più diffusa conoscenza delle regole procedurali da parte, sia dei cittadini che delle amministrazioni. Infine, si osserva una riduzione dei ricorsi accolti parzialmente ed un corrispondente aumento dei ricorsi accolti e di quelli respinti.

La **Figura 4** mostra nel dettaglio l'esito dei ricorsi nell'anno 2010.

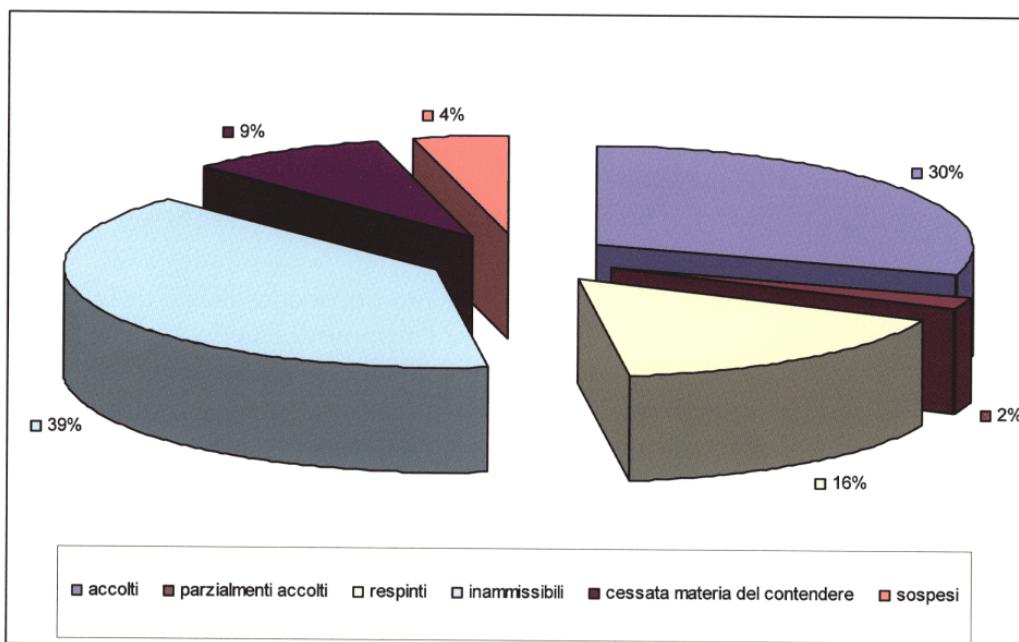


Figura 4: esito dei ricorsi nel 2010

La quota dei ricorsi dichiarati improcedibile, per cessata materia del contendere aumenta costantemente in proporzionalmente al numero dei ricorsi trattati ed è pari al 9%. È in netto aumento la percentuale dei ricorsi

respinti pari al 16%, contro il 13% dello scorso anno. I ricorsi sospesi, per incombenze istruttorie (nei quali sono ricompresi anche quelli sospesi per notifica ai controinteressati non conoscibili dal ricorrente) sono invece in diminuzione e si attestano al 4%.

Nel 2010, i ricorsi accolti sono il 30% cui va aggiunto il 4% dei ricorsi accolti solo parzialmente. Risulta, grosso modo, corrispondente allo scorso anno la quota di ricorsi dichiarati inammissibili (che comprende la varietà delle fattispecie che possono concludersi con l'inammissibilità: ad esempio l'incompetenza, la mancata notifica ai controinteressati, la mancata allegazione del provvedimento impugnato, la carenza assoluta di prospettazione della vicenda oggetto di gravame, ecc) e in cui, per semplicità, sono stati ricompresi anche quelli dichiarati irricevibili per tardività, pari al 39%.

5.2. I Controinteressati

Ai sensi dell'articolo 12, comma 2, del d.P.r. 12 aprile 2006, n. 184, il ricorso alla Commissione per l'accesso deve essere notificato agli eventuali controinteressati con le modalità di cui all'articolo 3 dello stesso d.P.r. n. 184/06.

In particolare, ai sensi dell'articolo 12, comma 4 del citato d.P.r. 184/06, al ricorso devono essere indicate, a pena di inammissibilità, le ricevute dell'avvenuta spedizione, con raccomandata con avviso di ricevimento, di copia del ricorso ai controinteressati, ove individuati già in sede di presentazione della richiesta d'accesso o, comunque, individuabili da parte del ricorrente.

In forza delle disposizioni sopra citate, l'orientamento ormai consolidato della Commissione per l'accesso è quello di dichiarare l'inammissibilità del ricorso in carenza di allegazione della prova dell'avvenuta notifica ai controinteressati, che non siano stati già individuati con le modalità di cui al citato art. 3 del d.P.r. n. 184 del 2006, ma che siano comunque individuabili dalla documentazione alla quale si chiede di accedere, a prescindere dalla loro individuazione (e comunicazione) in sede amministrativa.

Se il controinteressato era individuabile già al momento della presentazione della domanda di accesso, l'amministrazione era comunque obbligata a comunicarla al medesimo (art. 3, d.P.R. n. 184 del 2006); se il controinteressato, pur individuabile in questa fase, non è stato destinatario di alcuna comunicazione, per inottemperanza dell'amministrazione, non può imputarsi al ricorrente l'omessa notifica del ricorso al controinteressato, che era già individuabile nella fase amministrativa e al quale era l'amministrazione obbligata a comunicargli l'avvio di un procedimento per l'accesso ai

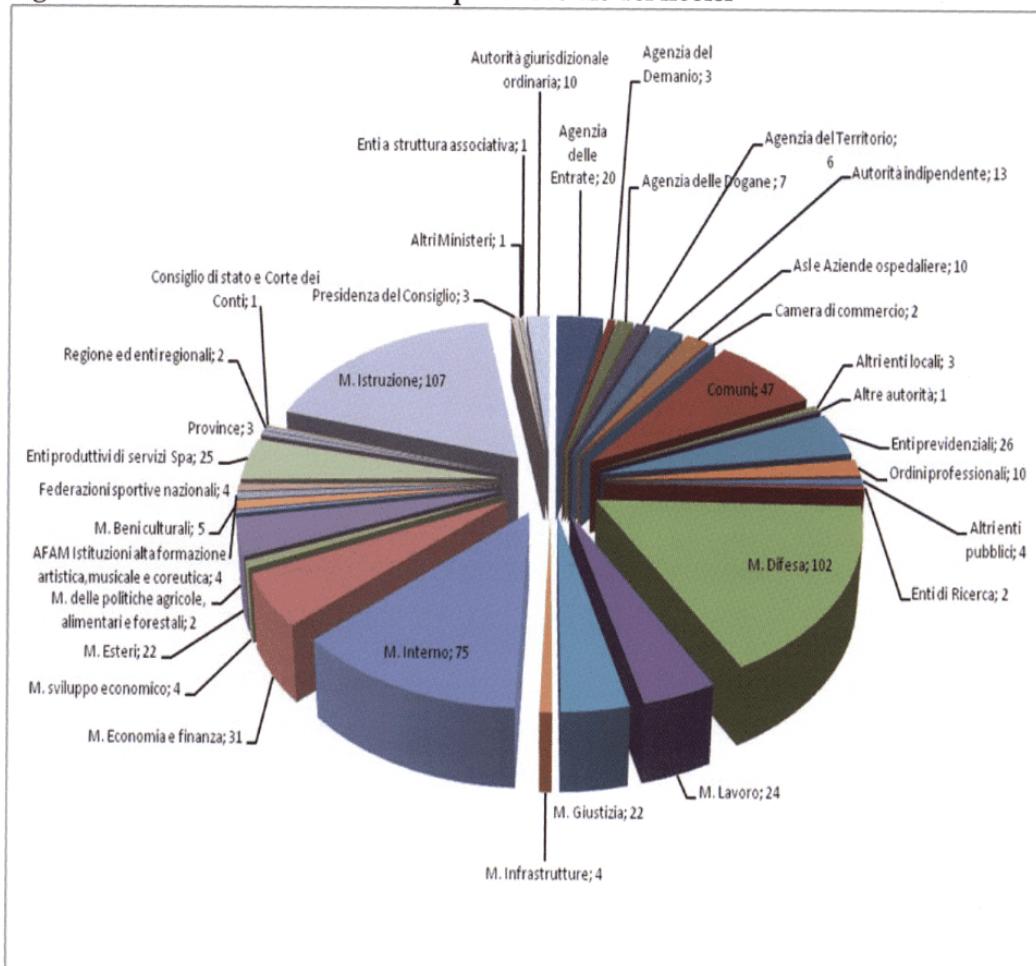
documenti amministrativi, purché non sia lo stesso individuabile da parte dal ricorrente.

5.3. I ricorsi alla Commissione e le amministrazioni resistenti

Anche nell'anno 2010, i ricorsi presentati alla Commissione sono rivolti avverso i dinieghi d'accesso (espressi o taciti) di tutte le amministrazioni, ancorché la Commissione abbia una competenza limitata ai sensi dell'articolo 25 della legge n. 241 del 1990 alle sole amministrazioni centrali e periferiche dello Stato.

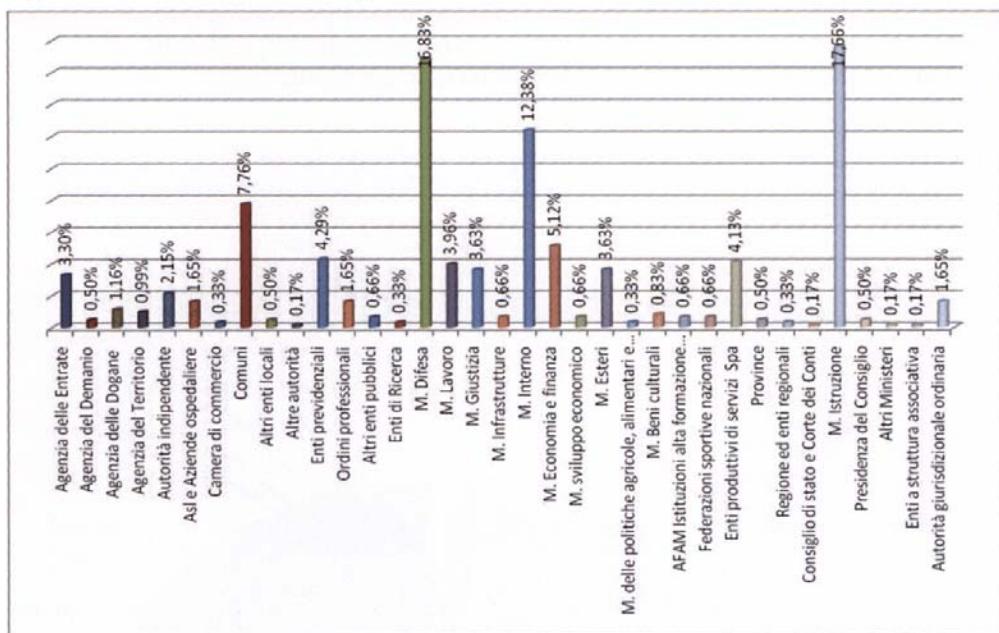
Nella **figura 5** sono riportate in maniera particolareggiata tutte le amministrazioni contro le quali i cittadini hanno rivolto ricorso, indipendentemente dalla competenza della Commissione.

Figura 5: amministrazioni resistenti rispetto al totale dei ricorsi



Esaminando il grafico si nota che le amministrazioni nei cui confronti sono presenti il maggior numero di ricorsi sono, nell'ordine, il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, con 107 ricorsi il Ministero della Difesa con 102 ricorsi e il Ministero dell'interno con 75. Seguono il Ministero dell'economia e delle finanze con 31 ricorsi, il Ministero del lavoro con 24 ricorsi e il Ministero della giustizia e degli esteri a pari merito con 22 ricorsi cadauno.

Figura 6 Percentuale di ricorsi per amministrazione



Come si evince dalla figura 6, nel 2010 per il Ministero dell'Istruzione la percentuale di ricorsi è del 17,7%, in netta diminuzione rispetto all'anno 2009 (20%). Questo dato comprende le scuole, le università, gli uffici scolastici regionali e provinciali, le università e ad esso potrebbe essere aggiunto anche lo 0,33% dei ricorsi rivolti contro gli enti di ricerca.

Risulta lievemente aumentata la percentuale di ricorsi nei confronti del Ministero della Difesa (che passa al 16,83% rispetto al 16% del 2009).

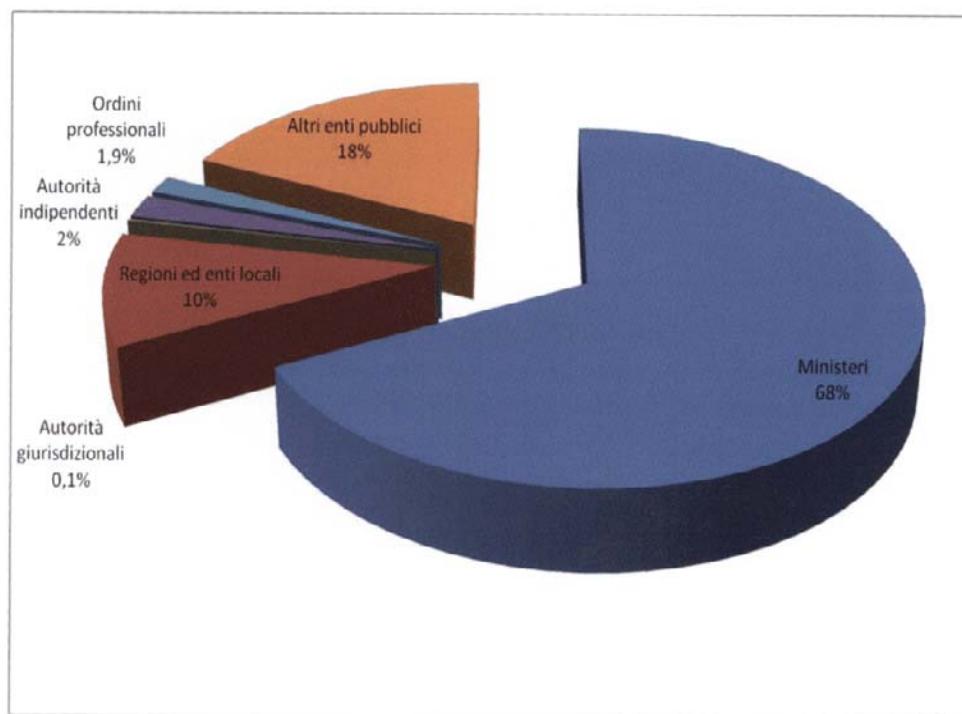
Diminuiscono percentualmente anche i ricorsi nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze che passano al 5,12%, rispetto al 12% del 2009.

Un aumento considerevole si registra nei ricorsi rivolti contro il Ministero dell'Interno (12,38% rispetto al 9% del 2009).

I ricorsi contro il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali risultano nel 2010 in calo rispetto all'anno 2009 (3,96% contro 5%). A questo dato può essere accostato anche quello relativo agli enti previdenziali per i quali parimenti si osserva un decremento del numero dei ricorsi (4,29% rispetto al 8% del 2009).

Infine, i ricorsi presentati contro gli enti produttori di servizi pubblici e S.p.A. registrano una lieve crescita (4,1% rispetto al 4% del 2009).

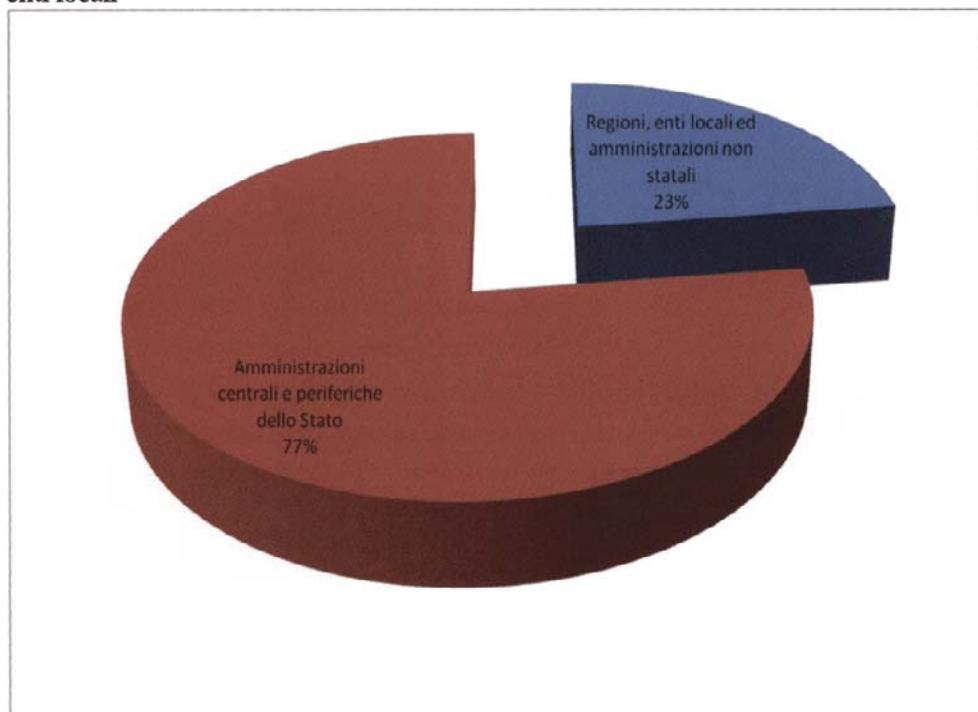
Figura 7: categorie di amministrazioni resistenti



Nella **figura 7** si può notare che il 10 % dei ricorsi presentati nel 2010 è rivolto contro Regioni ed enti locali (comuni, province, regioni, aziende sanitarie locali). Si tratta di ricorsi di cui la Commissione ha dichiarato l'inammissibilità per incompetenza, essendo gli stessi rimessi alla cognizione del difensore civico ai sensi dell'articolo 24 della legge n. 241 del 1990. Il dato registra un calo rispetto agli anni precedenti. (I ricorsi avverso Regioni Enti locali e ASL erano pari al 12% nel 2009 e al 15 % nel 2008). Ciò denota una acquisita maggiore consapevolezza da parte dei cittadini delle competenze della Commissione. Risulta, invece, in aumento la percentuale di ricorsi presentati nei confronti delle autorità indipendenti (2%) rispetto all' 1%

dell'anno 2009. La percentuale di ricorsi rivolta ai ministeri, pari al 68%, è comunque, anche nel 2010, decisamente maggiore rispetto a quella relativa ai ricorsi rivolti contro le altre amministrazioni. I restanti ricorsi sono rivolti contro altri enti pubblici (18%), contro gli ordini professionali (1,9%) e le autorità giurisdizionali (0,1).

Figura 8: Ricorsi per tipo di amministrazione - Amministrazioni statali, regioni ed enti locali



Sebbene in calo rispetto allo scorso anno, resta comunque considerevole la percentuale di ricorsi rivolti alla Commissione contro atti di diniego da parte di amministrazioni comunali, provinciali, regionali o da altre comunque non rientranti tra le amministrazioni statali che dovrebbero essere rivolti al difensore civico competente per ambito territoriale. Una possibile spiegazione potrebbe essere costituita dalla non uniforme diffusione della figura del difensore civico.

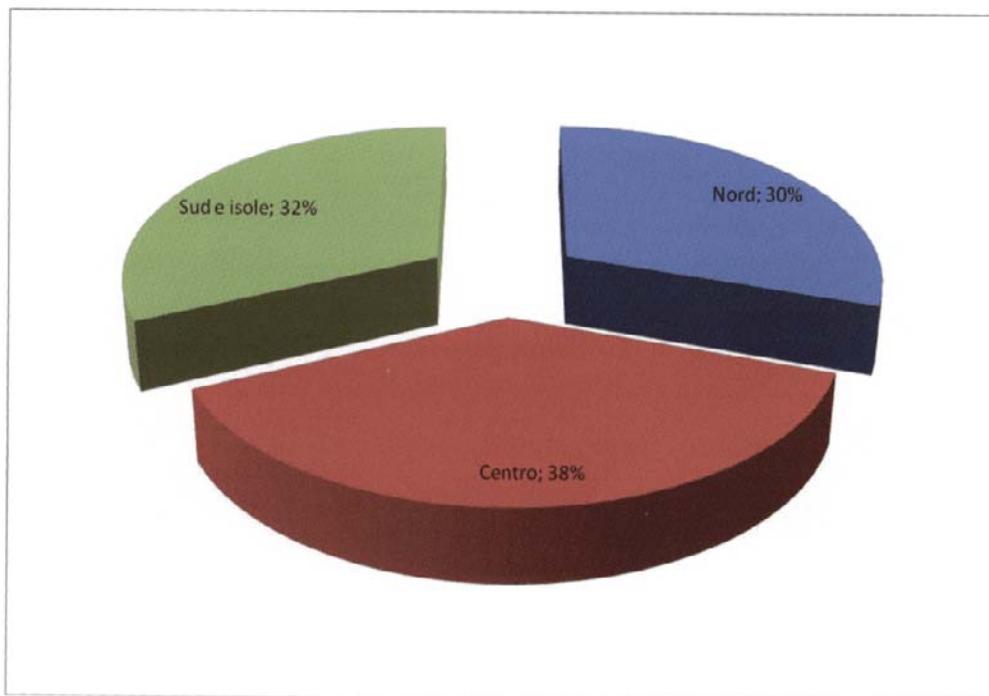
La Commissione resta, comunque, un punto di riferimento fondamentale anche per il diritto di accesso a livello di enti locali, esprimendosi in tale ambito in sede consultiva, orientando gli organi di governo delle amministrazioni locali specialmente con riferimento al peculiare diritto di accesso spettante ai residenti e ai consiglieri comunali.

5.4 La distribuzione dei ricorsi per ambito territoriale

Nel 2010, come nei precedenti anni 2009 e 2008, si conferma una distribuzione quasi omogenea dei ricorsi per aree geografiche, con una lieve prevalenza del Centro, dovuta in parte alla presenza delle sedi centrali delle amministrazioni Ministeriali.

Come si può notare nella **Figura 9**, nel 2010 la maggiore percentuale dei ricorsi è stata presentata al centro 38% rispetto al sud e isole 32% e al nord pari al 30%).

Figura 9: Distribuzione geografica dei ricorsi

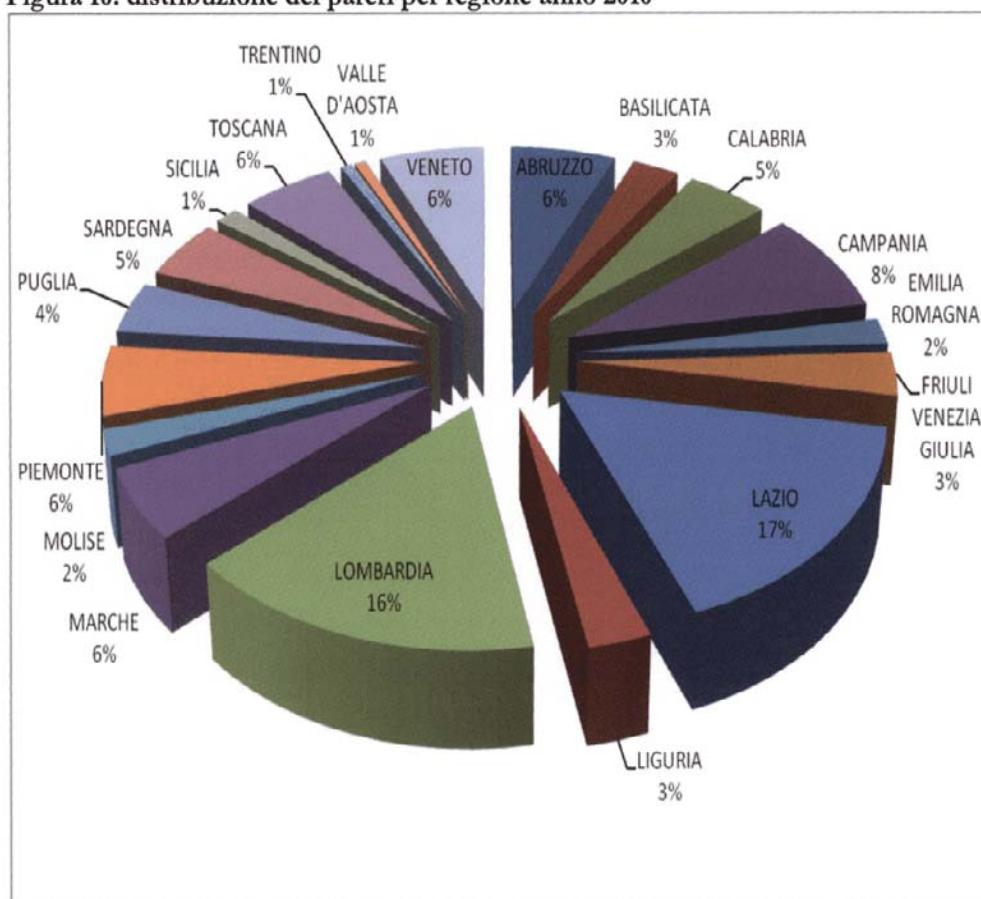


Se si considerano le percentuali in comparazione con il 2009, nell'anno 2010, risulta aumentata la percentuale di ricorsi presentata al centro (38% rispetto 36% del 2009) mentre è rimasta costante quella relativa al sud e isole (32% rispetto) ed è diminuita di due punti percentuali quella del nord (30%).

6. Le funzioni consultive di proposta e di impulso della Commissione

La Commissione per l'accesso, nell'esercizio di propri compiti di vigilanza sull'attuazione del principio di piena conoscibilità dell'azione amministrativa, esprime pareri per finalità di coordinamento dell'attività organizzativa delle amministrazioni in materia di accesso e per garantire l'uniforme applicazione dei principi, sugli atti che le singole amministrazioni adottano ai sensi dell'articolo 24, comma 2, della legge n. 241 del 1990, per l'individuazione dei casi di esclusione del diritto di accesso, nonché, ove ne sia richiesta, su quelli attinenti all'esercizio e all'organizzazione del diritto di accesso.

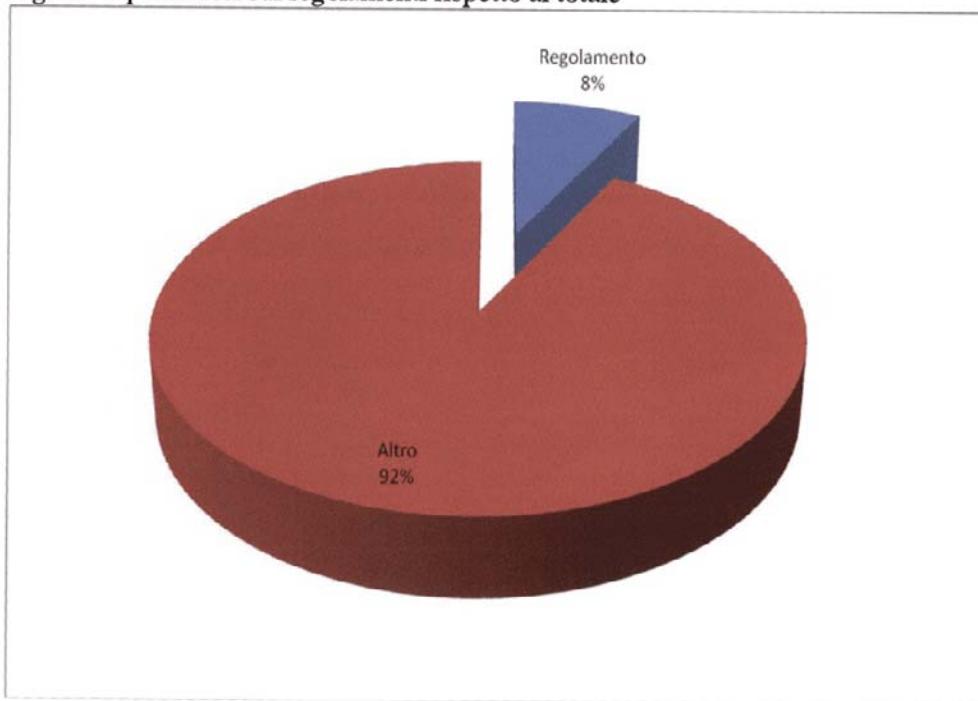
Figura 10: distribuzione dei pareri per regione anno 2010



Dalla **figura 10**, che illustra la distribuzione dei pareri per Regione nell'anno 2010, si può notare che il maggior numero dei pareri, in percentuale, è richiesto nel Lazio (17%), seguito dalla Lombardia (16%), dalla Campania (8%) e da Toscana, Veneto, Abruzzo, Marche e Piemonte, ciascuna a quota

6%. Quindi abbiamo la Sardegna e la Calabria tutte e due a quota 5%. La Basilicata e il Friuli Venezia Giulia entrambe a quota 3%. Ed, infine, al 2% l'Emilia Romagna e il Molise e all'1% la Val d'Aosta, il Trentino e la Sicilia. La spiegazione delle variazioni, anche considerevoli, da una regione all'altra può essere ricollegata al numero degli abitanti delle regioni più popolose, come il Lazio e la Lombardia, che totalizzano il maggior numero di pareri, al luogo in cui si trova l'amministrazione interessata (spesso un'amministrazione centrale dello Stato che ha sede a Roma) ma anche alla conoscenza e diffusione di altre forme di tutela (ad esempio dell'istituto del difensore civico).

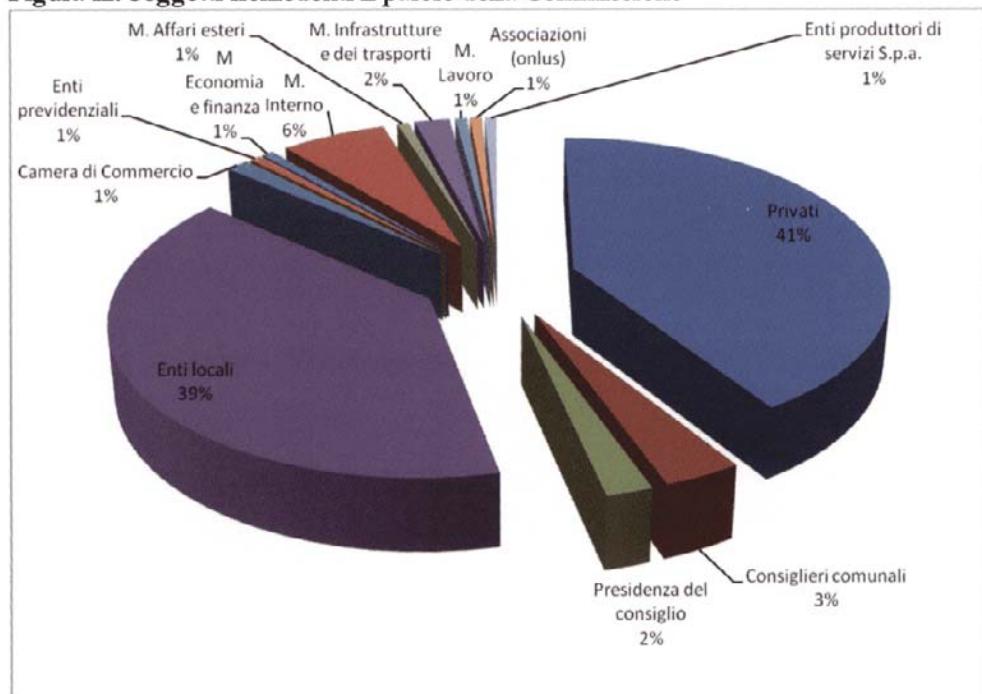
Figura 11: pareri resi sui regolamenti rispetto al totale



La Commissione esprime un parere sulla conformità del regolamento alla disciplina vigente, suggerendo di modificare alcune disposizioni, o in alcuni casi di espungerle quando siano da considerare superflue o ripetitive rispetto alla disciplina in vigore. Come si può vedere dalla **figura n. 11**, sul totale delle richieste di parere, l' 8% è costituito dal parere sui dei regolamenti che disciplinano le modalità di accesso ai documenti amministrativi. Per il 2010 la percentuale dei pareri sui regolamenti, rispetto al totale delle richieste di parere è diminuita rispetto allo scorso anno (il 19%).

Ciò è dovuto sostanzialmente dal forte aumento dei pareri richiesti dai privati cittadini (41% delle richieste nel 2010, rispetto al 25% del 2009) che, anche grazie al sito internet dedicato, hanno preso coscienza dell'attività consultiva della Commissione e si rivolgendo sempre più numerosi ad essa per risolvere problemi applicativi ed interpretativi in materia di diritto d'accesso.

Figura 12: Soggetti richiedenti il parere della Commissione

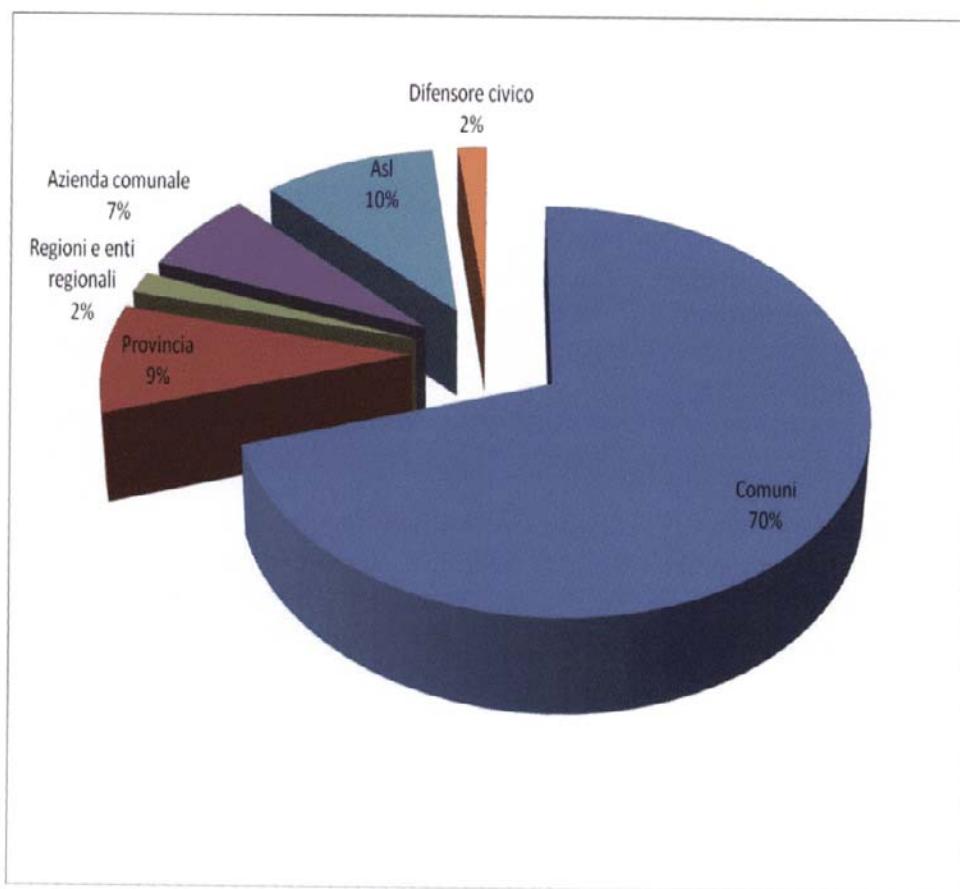


In particolare, come è illustrato dalla **figura 12**, sono in maggioranza i privati (41%) e gli enti locali (39%) a richiedere il parere della Commissione. Tra le amministrazioni dello Stato la maggior parte delle richieste proviene dal Ministero dell'Interno (6%), dal Ministero delle infrastrutture e trasporti (2%) e dalla Presidenza del Consiglio (2%).

La percentuale di pareri richiesti dai consiglieri comunali e provinciali è nel 2010 pari al 3%, in diminuzione rispetto all'anno 2009 (5%). Ai sensi dell'articolo 43, comma 2, del decreto legislativo n. 267 del 2000, i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del loro mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.

Sul punto si è formato un consolidato indirizzo giurisprudenziale della Commissione per l'accesso, secondo cui il consigliere comunale, quando dichiara di esercitare il diritto d'accesso in rapporto alle sue funzioni, non è tenuto a specificare né i motivi della richiesta, né l'interesse alla stessa e non incontra limiti specifici all'esercizio di tale diritti. Il disposto dell'art. 43, che consente ai consiglieri comunali l'accesso a tutte le notizie e le informazioni "utili all'espletamento del loro mandato" esclude che l'Amministrazione comunale abbia il potere di esercitare un controllo estrinseco di congruità tra la richiesta d'accesso e l'espletamento del mandato, salvo casi di richieste d'accesso manifestamente inconferenti con l'esercizio delle funzioni dell'ente locale. L'ampiezza del diritto riconosciuto al consigliere comunale si estende a tutti gli atti del comune.

Figura 13: suddivisione dei pareri richiesti dagli enti locali



La figura n. 13 mostra che, nell'ambito degli enti locali, la porzione maggiore delle richieste di parere proviene dai Comuni (70%), mentre considerevolmente meno rilevanti sono i pareri richiesti dalle aziende comunali (7%), dalle aziende sanitarie locali (10%) e dai difensori civici (2%). Le Province ne hanno chiesti il 9%, i Difensori civici il 2%.

A completamento del presente paragrafo, dedicato alle funzioni consultive della Commissione per l'accesso, si riportano di seguito, in sintesi, alcuni tra i pareri più significativi resi nel corso dell'anno 2010.

6.1. Il Sindaco di un Comune ha rivolto richiesta di parere in ordine all'accesso a documenti in materia di terreni demaniali di uso civico.

In particolare il Sindaco chiede il parere della Commissione sulla richiesta di accesso di un consigliere comunale ad una nota sindacale di risposta ad una lettera di un funzionario della Regione Abruzzo di contenuto ricognitivo di una serie di norme relative all'accesso ai terreni demaniali di uso civico, con particolare riferimento agli obblighi derivanti per l'amministrazione comunale e per il confinante Parco naturale regionale. Secondo il Sindaco poiché il Comune non ha messo in atto alcun procedimento su tale tema, non si giustificherebbe “un interesse di indirizzo e controllo dettato dalla carica ricoperta dal consigliere comunale”. La questione proposta dal Sindaco coinvolge due aspetti dell'esercizio del diritto di accesso sui quali l'orientamento del giudice amministrativo e della Commissione sono ormai consolidati. Se è vero, infatti, che ai sensi dell'art. 22, comma 4, l.n. 241/1990 “non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo” e che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.P.r. 184/2006, “il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione”, per cui sarebbe legittimo il diniego di accesso al documento che al momento della richiesta è ancora in via di formazione (Commissione, parere del 25.11.2008), i predetti principi non sembrano possano essere invocati nella fattispecie in oggetto. Ancorché l'amministrazione comunale non abbia ancora avviato, alla luce della corrispondenza tenuta con la Regione, uno specifico procedimento, la lettera del Sindaco non costituisce certo corrispondenza privata, ma un documento con il quale la funzione pubblica viene comunque esplicata (anche se allo stadio preliminare) e sulla quale il consigliere comunale può accedere tenuto conto che, ai sensi dell'art. 43 del TUEL, egli ha il diritto di ottenere dagli uffici comunali non solo il libero e incondizionato accesso ai documenti amministrativi comunali, ma anche tutte le notizie e le informazioni in loro

possesso, utili all'espletamento del proprio mandato, che è quello di controllare l'attività degli organi istituzionali del Comune. Di conseguenza, salvo espressa eccezione di legge, ai consiglieri comunali non può essere opposto alcun divieto, determinandosi altrimenti un illegittimo ostacolo all'esercizio della loro funzione (Commissione, parere del 12 gennaio 2010).

6.2 Un Comune ha chiesto un parere in ordine alla **richiesta di accesso da parte di altra amministrazione pubblica**, alla necessità o meno di motivazione della richiesta e dell'assoggettabilità al pagamento dei costi di riproduzione.

In particolare, il consulente tecnico del Pubblico Ministero presso il Tribunale di Como si è recato negli uffici comunali per esaminare ed ottenere copia di atti e documenti relativi a pratiche edilizie sulla base di ampia delega dello stesso Pubblico Ministero. Il Comune chiede alla Commissione se il CTU sia tenuto a formulare istanza formale di accesso al fascicolo edilizio, come richiesto a tutti i soggetti interessati e se sia tenuto al pagamento dei costi di riproduzione delle copie richieste.

Ai sensi dell'art. 22, comma 5, l.n. 241 /1990, l'**acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici si informa al “principio di leale cooperazione istituzionale.”** L'applicazione di tale principio è finalizzata fondamentalmente a rendere più agevole l'accesso ai soggetti pubblici eliminando proprio quelle formalità che la legge richiede al soggetto privato, fra le quali vanno annoverate sia la presentazione di una specifica motivata richiesta sia il rimborso dei costi di riproduzione dei documenti richiesti. L'esercizio del diritto di accesso del soggetto pubblico inerisce, infatti, allo svolgimento delle funzioni pubbliche di cui lo stesso è titolare, per cui è sufficiente dichiarare, ai fini della sua ammissibilità (e del suo accoglimento), che la richiesta di accesso pertiene a tali funzioni. Di fronte, poi, ad una richiesta di accesso fatta, come nella fattispecie, in esecuzione di un ordine dell'autorità giudiziaria, a maggior ragione deve operare il principio di leale collaborazione, atteso che il soggetto richiedente (nella specie CTU) agisce in virtù di un preciso mandato giudiziario e, dunque, di una ancor più qualificata legittimazione. Ritiene, pertanto, questa Commissione, di confermare il proprio orientamento secondo il quale l'esercizio del diritto di accesso fra “soggetti pubblici” e le modalità di acquisizione dei documenti oggetto dell'istanza non soggiacciono ad alcuna delle formalità o degli adempimenti previsti dalla l.n. 241/1990 per il soggetto privato, né sotto il profilo giuridico della titolarità di un interesse diretto, attuale e concreto, né quello economico del rimborso dei costi di riproduzione.(Commissione, parere del 2 febbraio 2010)

6.3. Una ASL ha chiesto un parere in ordine all'accesso a cartella clinica di un defunto.

In particolare, l'Azienda Ospedaliera ha rappresentato alla Commissione di aver ricevuto richiesta di copia autentica della cartella clinica completa di un defunto da parte del nipote naturale, che dichiarava che il proprio interesse ad accedere a tale documento era determinato dalla necessità di tutelare, anche in via giudiziale, l'immagine e gli interessi della famiglia, che sarebbero stati lesi da una pellicola cinematografica in distribuzione. L'Azienda Sanitaria negava l'accesso, eccependo che l'asserita relazione parentale tra il richiedente e il defunto non sarebbe provata; che per prevalente giurisprudenza la parentela naturale sarebbe limitata al rapporto tra il genitore e il figlio naturale; che sarebbe dubbia la rilevanza dell'interesse all'accesso; che l'Azienda Ospedaliera potrebbe essere esposta alle rimostranze degli eredi del *de cuius*. L'Azienda stessa concludeva riservandosi di fornire al richiedente la documentazione richiesta in caso di disposizione in tal senso dell'autorità giudiziaria.

I dubbi formulati dall'Azienda circa l'esistenza di una relazione parentale sono presumibilmente da ricondurre alle circostanze che, in base ai dati esposti dal richiedente l'accesso, da una parte quest'ultimo ha un cognome non coincidente con quello dell'asserito nonno paterno e dall'altra il defunto risulterebbe essendo divenuto nonno all'età di ventidue anni. Ma tali circostanze non costituiscono una preclusione assoluta al chiesto accesso, dal momento che in tal caso l'Azienda, ove lo ritenga necessario, può chiedere all'interessato una opportuna integrazione documentale, che nel caso in questione potrebbe anche essere costituita da una autocertificazione, con conseguente assunzione delle correlative responsabilità. La riferita giurisprudenza, secondo cui la parentela naturale sarebbe limitata tra il genitore e il figlio naturale, è inconferente, perché nel caso in questione non si tratta di rapporti tra figlio naturale e altro membro della famiglia legittima paterna (che effettivamente non hanno natura di rapporto di parentela) ma di un normale rapporto tra nonno e nipote, rapporto nei cui confronti la circostanza che il nonno fosse figlio naturale è del tutto irrilevante. Non sembra possa sussistere alcun ragionevole dubbio circa la legittimazione di un nipote a tutelare il buon nome del nonno defunto e della sua famiglia. Quanto infine al timore dell'Azienda di essere esposta alle rimostranze degli "eredi del *de cuius*" si fa presente che non sembra che possano sussistere apprezzabili situazioni di controinteresse. Ad ogni modo nulla vieta che l'Azienda, qualora abbia dubbi al riguardo, comunichi la domanda d'accesso ai ritenuti eventuali controinteressati, per eventuali opposizioni. (Commissione, parere del 2 febbraio 2010)

6.4 Un Consigliere Comunale di minoranza ha chiesto un parere circa l'accesso agli elaborati e ai verbali di un concorso comunale.

Il Consigliere di minoranza ha ricevuto il diniego dell'amministrazione comunale di accedere (mediante estrazione di copia) agli elaborati scritti e ai verbali di valutazione dei colloqui dei partecipanti ad un concorso per operaio in quanto :

- a – il diritto di accesso agli elaborati delle prove è riservato ai concorrenti stessi che vi hanno un interesse diretto a tutela dei loro diritti;
- b – la commissione giudicatrice dei concorsi pubblici dispone di una discrezionalità tecnica assoluta nella valutazione, non sindacabile né riesaminabile nemmeno dal giudice amministrativo.

Sulla legittimità del diniego viene chiesto il parere della Commissione che osserva che il “diritto di accesso” ed il “diritto di informazione” dei consiglieri comunali nei confronti della P.A. trovano la loro disciplina specifica nell’art.43 del d.lgs. n.267/2000 (T.U. degli Enti locali) che riconosce ai consiglieri comunali e provinciali il *“diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato”*. Dal contenuto della citata norma si evince il riconoscimento in capo al consigliere comunale di un diritto dai confini più ampi sia del diritto di accesso ai documenti amministrativi attribuito al cittadino nei confronti del Comune di residenza (art. 10, T.U. Enti locali) sia, più in generale, nei confronti della P.A. quale disciplinato dalla l. n. 241/1990. Tale maggiore ampiezza di legittimazione è riconosciuta in ragione del particolare *munus* espletato dal consigliere comunale, affinché questi possa valutare con piena cognizione di causa la correttezza e l’efficacia dell’operato dell’Amministrazione, onde poter esprimere un giudizio consapevole sulle questioni di competenza della P.A., opportunamente considerando il ruolo di garanzia democratica e la funzione pubblicistica da questi esercitata (a maggior ragione, per ovvie considerazioni, qualora il consigliere comunale appartenga alla minoranza, istituzionalmente deputata allo svolgimento di compiti di controllo e verifica dell’operato della maggioranza). A tal fine il consigliere comunale non deve motivare la propria richiesta di informazioni, poiché, diversamente opinando, la P.A. si ergerebbe ad arbitro delle forme di esercizio delle potestà pubblicistiche dell’organo deputato all’individuazione ed al perseguimento dei fini collettivi. Conseguentemente, gli Uffici comunali non hanno il potere di sindacare il nesso intercorrente tra l’oggetto delle richieste di informazioni avanzate da un Consigliere comunale e le modalità di esercizio del *munus* da questi espletato. Anche per quanto riguarda le modalità di accesso alle informazioni e alla documentazione richieste dal consigliere comunale, costituisce principio giurisprudenziale consolidato (cfr., fra le molte, Cons. Stato, sez.V, 22.05.2007

n. 929) quello secondo cui il diritto di accesso agli atti di un consigliere comunale non può subire compressioni per pretese esigenze di natura burocratica dell'Ente, tali da ostacolare l'esercizio del suo mandato istituzionale, con l'unico limite di poter esaudire la richiesta (qualora essa sia di una certa gravosità) secondo i tempi necessari per non determinare interruzione alle altre attività di tipo corrente e ciò in ragione del fatto che il consigliere comunale non può abusare del diritto all'informazione riconosciutogli dall'ordinamento pregiudicando la corretta funzionalità amministrativa dell'ente civico con richieste non contenute entro i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza. Se, dunque, il diritto riconosciuto al consigliere comunale dall'art. 43, comma 2, TUEL di avere ogni notizia ed informazione, e quindi di accedere ed estrarre copia dei documenti che quella notizia o informazione contiene, è preordinata all'espletamento del proprio mandato istituzionale, che si sostanzia nella possibilità di adottare qualunque iniziativa volta a garanzia e salvaguardia della regolarità correttezza ed efficacia nell'attività amministrativa istituzionale dell'ente, allora bisogna ritenere che, in presenza di una procedura concorsuale (nella fattispecie per l'assunzione di una unità lavorativa), l'attività propriamente definibile amministrativa imputabile all'ente locale si esaurisce nella predisposizione del bando di gara e nella successiva nomina dei membri della Commissione giudicatrice, ma non può estendersi anche agli atti e alle valutazioni proprie di quest'organo che assume veste giuridica distinta dall'ente comunale e dotato di autonoma potestà decisionale.

Ne deriva che gli atti tipici della procedura concorsuale e/o direttamente imputabili alla Commissione giudicatrice (verbali, valutazioni, elaborati dei candidati) esulano dall'attività istituzionale dell'ente locale e conseguentemente il consigliere comunale non può rivendicare quella ampia legittimazione all'accesso che gli riconosce il citato art. 43, TUEL. (Commissione, parere del 23 febbraio 2010)

6.5. Il Segretario di un Comune ha chiesto un parere sull'estensione del diritto di informazione ex art 43, co. 2, TUEL agli assessori comunali, privi della qualifica di consigliere.

In particolare, ha chiesto di conoscere se anche agli assessori comunali - che nei comuni aventi popolazione superiore ai 15.000 abitanti (come quello di specie) non sono anche consiglieri comunali - possa essere riconosciuto l'ampio diritto all'informazione garantito ai consiglieri dalla speciale disposizione ex art 43 co. 2 TUEL nonché se sussistano eventuali limiti all'accesso, soprattutto nel caso in cui un assessore abbia chiesto atti non inerenti né ad argomenti oggetto di decisione della giunta né a materie delegate dal Sindaco.

In effetti, la disciplina sull'ordinamento degli enti locali - mentre riconosce ai consiglieri comunali il diritto di ottenere dagli uffici del comune, comprese aziende ed enti collegati, ogni informazione utile all'espletamento del loro mandato, nel rispetto del segreto d'ufficio (ex art 43 D Lgs n 267/2000) - non prevede analogo diritto per gli assessori in quanto tali, mancando una norma specifica sull'accesso alle informazioni dell'ente.

Tuttavia, ove il Comune nell'esercizio dell'autonomia potestà regolamentare non abbia espressamente riconosciuto tale diritto agli assessori (circostanza che nella specie non è stata precisata), la Commissione ritiene che l'insufficienza della speciale previsione legislativa possa essere colmata, applicando il principio generale della leale cooperazione istituzionale tra soggetti pubblici ai sensi degli artt. 22, co 5, legge n. 241/90 (introdotto dalla legge n 15 del 2005) e 5 co. 4, Dpr n. 184/2006 - principio successivamente costituzionalizzato, con la denominazione di "leale collaborazione", dall'attuale art. 120 Cost..

Tale principio, che regola l'acquisizione dei documenti tra soggetti pubblici, deve essere estensivamente interpretato ed applicato nell'ottica di favorire e semplificare non solo i rapporti tra le pubbliche amministrazioni ma anche i rapporti interorganici nell'ambito del singolo ente, tenendo conto del ruolo dell'assessore comunale che esercita, anche singolarmente, funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo sul funzionamento e la gestione dell'ente (art 107, co 1, TUEL) non solo quale componente della giunta (nell'ambito della funzione di collaborazione con il Sindaco assegnata alla giunta nel suo complesso ex art 48 TUEL) ma anche di organo delegato dal Sindaco alla gestione di alcune materie specifiche (nei limiti delle previsioni statutarie).

Alla luce dei principi esposti, deve ritenersi che anche l'assessore comunale, quale organo di governo dell'ente, abbia diritto di ottenere, da un altro organo dell'ente ovvero dalla stessa struttura amministrativa di gestione, di conoscere senz'altro un certo documento amministrativo, anche se le notizie non attengano strettamente ad argomenti sottoposti alle decisioni della Giunta o non riguardino gli specifici settori ad esso delegati, potendo in astratto l'eventuale diniego incidere negativamente sulle funzioni espletate dall'assessore. (Commissione, parere del 16 marzo 2010)

6.6 Un privato cittadino ha presentato tre richieste di parere relative a tre istanze di accesso per le quali l'amministrazione o ha opposto un **diniego parziale o il differimento**

In sintesi, le richieste d'accesso possono così di seguito riassumersi:

1 – Richiesta, al fine di proporre ricorso al Tar avverso l'esito negativo di un concorso per uditore giudiziario, di accedere ai propri elaborati (corretti e

giudicati non idonei) e a quelli di almeno uno dei candidati giudicati idonei in pendenza di un ricorso straordinario al Capo dello Stato avverso il diniego d'accesso opposto dall'amministrazione;

2 – Richiesta, a seguito di esito negativo della partecipazione ad una procedura comparativa di *curricula* per la selezione di un “Esperto di diritto di Famiglia” bandita da una ASL, di copia del *curriculum* del concorrente selezionato;

3 – Richiesta, a seguito dell'esclusione da un concorso, di accesso ai propri elaborati ed al verbale di valutazione della Commissione giudicatrice.

Per ciascuna richiesta di parere la Commissione formula le seguenti considerazioni:

1 – La Commissione per l'accesso ha da tempo ritenuto istituzionalmente corretto (cfr., per un caso analogo, parere del 24.03.2009) non esprimere il proprio parere nei casi in cui questo potrebbe interferire con quello di altro organo giurisdizionale o amministrativo chiamato a pronunciarsi, sullo stesso oggetto del contendere (come nella specie, in pendenza di ricorso amministrativo al Capo dello Stato) o essere utilizzato per eludere o sostituire di fatto gli effetti negativi dell'inosservanza dei termini previsti per gli adempimenti che la l.n. 241/1990 e il d.P.R. 184/2006 prescrivono nell'esercizio del diritto di accesso.

2 – Il diniego del rilascio di copia del *curriculum* del candidato vincitore di un concorso è illegittimo in quanto l'accesso è relativo ai documenti sui quali si basa la valutazione comparativa che non possono essere sottratti alla richiesta di altro concorrente al fine di tutelare la propria posizione giuridica.

3 – Ai sensi dell'art. 24, comma 4, l.n. 241/1990 e dell'art. 10, comma 2 del d.P.R. n. 184/2006, che richiama l'art. 9, comma 2 dello stesso d.P.R., ogni Amministrazione può differire l'accesso ai documenti amministrativi e disciplinarne con regolamento le modalità. Nella specie il differimento appare legittimo e non pregiudizievole della tutela giuridica dell'interessato. (Commissione, 16 marzo 2010)

6.7. Il Consiglio della Provincia Autonoma di Bolzano chiede se i consiglieri provinciali abbiano diritto all'accesso ai contratti stipulati con le Società fornitrice di energia

Ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.lgs n. 267/2000, le disposizioni del TUEL non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano se incompatibili con le attribuzioni previste dagli statuti e dalle relative norme di attuazione. Per quanto riguarda strettamente il diritto di accesso dei consiglieri provinciali, l'art. 8 del D.P.G.P. così recita:

"(1) – I consiglieri provinciali hanno diritto di accesso alle deliberazioni della Giunta provinciale, in sede ordinaria o di vigilanza e tutela, ed ai decreti assessorili, da esercitarsi

mediante richiesta, anche verbale, alla struttura organizzativa competente a detenerli in originale.

(2) – In base alle vigenti disposizioni del regolamento interno del Consiglio provinciale, i consiglieri provinciali possono richiedere, nell'esercizio della loro funzione di controllo, informazioni o dati su provvedimenti adottati da altri organi della Provincia o delle aziende e enti da essa dipendenti, direttamente al Presidente della giunta provinciale o all'assessore provinciale competente per materia.”

Al di fuori dell'art. 8 del D.P.G.P. sopra citato non è dato riscontrare nella legislazione della Provincia autonoma di Bolzano (nemmeno nel regolamento del Consiglio provinciale) alcun'altra disposizione che riguardi specificamente l'esercizio del diritto di accesso dei consiglieri comunali e, di conseguenza, non si comprende da dove abbia origine l'affermazione contenuta nella nota del Consiglio, già richiamata, secondo cui l'accesso ai documenti amministrativi dei consiglieri sarebbe regolato anche dalle disposizioni di cui all'art. 43 del TUEL. La Provincia - cui competeva la valutazione di compatibilità dell'art. 43 del TUEL con il proprio Statuto al fine di riconoscere l'estensione della sua operatività anche in questo ambito territoriale – ha ritenuto di dover disciplinare il potere di accesso dei consiglieri in maniera del tutto autonoma e specifica da quanto stabilito dal TUEL.

Ne deriva che alla domanda se l'art. 43 del TUEL è compatibile con lo Statuto della Provincia di Bolzano si può rispondere affermativamente, ma altrettanto non può darsi sulla sua automatica applicabilità in presenza di una disposizione specifica che disciplina il potere di accesso dei consiglieri provinciali senza fare alcun richiamo, sia pure come norma di chiusura ed integrativa, al citato articolo.

E' quindi necessario verificare in concreto se la richiesta di accesso sulla quale il Consiglio Provinciale ha chiesto il parere di questa Commissione rientri nel diritto di accesso così come riconosciuto dall'art. 8 del D.P.G.P. ai consiglieri provinciali, se cioè il consigliere possa accedere ai contratti o accordi stipulati dalla Giunta o dall'assessore competente (nella specie, in materia di energia).

La risposta non può che essere positiva. Infatti, anche se il comma 1 del citato art. 8 del D.P.G.P. sembra letteralmente riconoscere il diritto di accedere soltanto alle deliberazioni di Giunta e ai decreti assessorili senza alcun riferimento ai documenti sottostanti a tali formali provvedimenti è evidente, dal tenore del comma 2 - in virtù del quale i consiglieri provinciali possono richiedere, nell'esercizio della loro funzione di controllo, informazioni o dati su provvedimenti adottati da altri organi della Provincia o delle aziende e enti da essa dipendenti (disposizione analoga a quella prevista dall'art. 43, comma 2, TUEL) - che una tale facoltà (e sempre nell'esercizio della funzione di controllo di cui sono titolari) non possa essere preclusa per gli atti

direttamente imputabili agli organi di governo della Provincia. E ciò non solo in virtù di una interpretazione logico-sistematica delle disposizioni contenute nei due commi dell'art. 8 citato, ma in forza dell'art. 22, comma 1, lett.d) della l. n. 241/1990 (che definisce “documento amministrativo” accedibile l’atto anche interno o non relativo ad uno specifico procedimento concernente attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale) le cui disposizioni attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett.m) della Costituzione che anche le Regioni e le Province Autonome devono salvaguardare.(Commissione, parere del 13 aprile 2010)

6.8 La Commissione Straordinaria di liquidazione di un Comune - dichiarato in stato di dissesto finanziario ai sensi dell'art. 244 del TUEL - ha chiesto alla Commissione se il Consigliere comunale, in virtù del suo mandato, abbia titolo ad accedere agli atti dell'Organo di liquidazione del Comune stesso e , in caso positivo, se il rilascio della copia degli atti richiesti possa avvenire prima della formazione del piano di rilevazione della massa passiva e dietro corresponsione dei costi di riproduzione.

La Commissione osserva che il “diritto di accesso” ed il “diritto di informazione” dei consiglieri comunali nei confronti della P.A. trovano la loro disciplina specifica nell'art.43 del d.lgs. n. 267/2000 (TU degli Enti locali) che riconosce ai consiglieri comunali e provinciali il “diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato”.

Dal contenuto della citata norma si evince il riconoscimento in capo al consigliere comunale di un diritto dai confini più ampi sia del diritto di accesso ai documenti amministrativi attribuito al cittadino nei confronti del Comune di residenza (art. 10, T.U. enti locali) sia, più in generale, nei confronti della P.A. quale disciplinato dalla l.n. 241/1990.

Tale maggiore ampiezza di legittimazione è riconosciuta in ragione del particolare *munus* espletato dal consigliere comunale, affinché questi possa valutare con piena cognizione di causa la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione, onde poter esprimere un giudizio consapevole sulle questioni di competenza della P.A., opportunamente considerando il ruolo di garanzia democratica e la funzione pubblicistica da questi esercitata (a maggior ragione, per ovvie considerazioni, qualora il consigliere comunale appartenga alla minoranza, istituzionalmente deputata allo svolgimento di compiti di controllo e verifica dell'operato della maggioranza). A tal proposito, il Giudice amministrativo individua la situazione giuridica in capo

ai consiglieri comunali con 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".

A tal fine il consigliere comunale non deve motivare la propria richiesta di informazioni, poiché, diversamente opinando, la P.A. si ergerebbe ad arbitro delle forme di esercizio delle potestà pubblistiche dell'organo deputato all'individuazione ed al perseguimento dei fini collettivi. Conseguentemente, gli Uffici comunali non hanno il potere di sindacare il nesso intercorrente tra l'oggetto delle richieste di informazioni avanzate da un consigliere comunale e le modalità di esercizio del *munus* da questi espletato.

Anche per quanto riguarda le modalità di accesso alle informazioni e alla documentazione richieste dal consigliere comunale, costituisce principio giurisprudenziale consolidato (cfr., fra le molte, Cons. Stato, sez.V, 22.05.2007 n. 929) quello secondo cui il diritto di accesso agli atti di un consigliere comunale non può subire compressioni per pretese esigenze di natura burocratica dell'Ente, tali da ostacolare l'esercizio del suo mandato istituzionale, con l'unico limite di poter esaudire la richiesta (qualora essa sia di una certa gravosità) secondo i tempi necessari per non determinare interruzione alle altre attività di tipo corrente e ciò in ragione del fatto che il consigliere comunale non può abusare del diritto all'informazione riconosciutogli dall'ordinamento pregiudicando la corretta funzionalità amministrativa dell'ente civico con richieste non contenute entro i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza.

Proprio al fine di evitare che le continue richieste di accesso si trasformino in un aggravio della ordinaria attività amministrativa dell'ente locale, la Commissione per l'accesso ha riconosciuto la possibilità per il consigliere comunale di avere accesso diretto al sistema informatico interno (anche contabile) dell'ente attraverso l'uso della *password* di servizio (fra gli ultimi, cfr. parere del 29.11.2009) e, più recentemente, anche al protocollo informatico.

Tutto ciò premesso in ordine alla giurisprudenza formatasi sull'esercizio del diritto di accesso dei consiglieri comunali, questa Commissione è dell'avviso che la fattispecie sottoposta al suo esame non rientri fra quelle nei confronti delle quali il consigliere comunale possa esercitare le facoltà inerenti al suo ufficio.

Infatti, l'ampia legittimazione all'accesso del consigliere comunale quale disciplinata dall'art. 43, TUEL è correlata all'esercizio delle ordinarie funzioni del *munus* pubblico da questi rivestito nei riguardi dell'attività istituzionale dell'ente locale.

L'attività che, invece, nasce dalla dichiarazione di dissesto finanziario dell'ente locale – che si ha nei casi in cui "l'ente non può garantire l'assolvimento delle

funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte....” – è un’attività straordinaria che non appartiene più agli organi di governo dell’ente locale, ma ad un organo straordinario di liquidazione che procede alla rilevazione della massa passiva (art. 254) e al piano di estinzione delle passività (art. 256) sottoposti all’approvazione del Ministro dell’interno. Essa è, dunque, un’attività non ricollegabile a quella istituzionale dell’ente sulla quale il consigliere comunale possa esercitare il diritto di accesso in virtù del proprio *munus* pubblico ex art. 43 del TUEL. Proprio in quanto non rientrante nell’ordinaria attività istituzionale dell’ente locale, il consigliere comunale non può nemmeno accedere agli atti in cui si sviluppa l’attività dell’organo straordinario di liquidazione ricorrendo alla pur ampia legittimazione che l’art. 10 dello stesso TUEL riconosce al semplice cittadino-residente. Tale ultima disposizione presuppone, infatti, che il diritto di accesso venga esercitato nei confronti di atti e documentazione che siano espressione dell’ordinaria attività amministrativa dell’ente locale.

Ne deriva che l’accesso agli atti della Commissione Straordinaria di liquidazione può essere riconosciuto, ai sensi dell’art. 22, comma 1, lett. b), l.n. 241/1990 a chi sia titolare di “un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso”, il che, nella fattispecie, non sussiste. (Commissione, parere del Roma 25 maggio 2010)

6.9. Il responsabile dei servizi pubblici per l’impiego provinciali rivolge a questa Commissione i seguenti quesiti:

a – se esistono (sulla presunzione che non sia applicabile la l. n. 241/1990) altre disposizioni di legge che consentano la comunicazione di dati personali e, in caso di risposta affermativa, se esiste l’obbligo, per i Centri per l’impiego, di notifica ai controinteressati, così come previsto dall’art. 3, d.p.r. n. 184/2006;

b – se l’acquisizione di “documenti amministrativi” fra soggetti pubblici che, ai sensi dell’art. 22, comma 5, l.n. 241/1990, deve ispirarsi al principio di leale cooperazione istituzionale è operante anche nell’ipotesi di acquisizione semplici dati detenuti dalla P.A. e nel caso di risposta affermativa se occorre informare il controinteressato con le modalità della notifica.

La Commissione ha già avuto modo di affrontare la problematica relativa all’accesso di soggetti terzi ai dati in possesso dei Centri per l’Impiego e relativi allo stato occupazionale dei dipendenti che il datore di lavoro è tenuto a comunicare ai sensi di legge, risolvendo il “bilanciamento” fra diritto all’accesso e tutela alla riservatezza alla luce della disposizione contenuta nell’art. 24, comma 7, l.n. 241/1990, secondo il quale “Deve comunque essere

garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”, come avviene nella fattispecie che ne occupa. La Commissione ha altresì precisato che l'accesso, proprio per garantire la riservatezza dei dati più sensibili detenuti dai Centri per l'Impiego, deve limitarsi all'indicazione della eventuale esistenza di un rapporto lavorativo in atto e dei dati identificativi del datore di lavoro: sarà poi cura del terzo interessato, tramite il proprio legale, a chiedere (ed ottenere) dal giudice l'accesso a dati più sensibili che riguardino il contenuto economico del contratto di lavoro che si vuole conoscere.

Ovviamente, ai sensi dell'art. 3, d.p.r. n. 184/2006, al controinteressato dovrà essere comunicata la richiesta di accesso, anche se la sua probabile opposizione dovrà essere riconosciuta recessiva di fronte al diritto di tutela giudiziaria dell'accendente, per le ragioni sopra specificate.

Quanto all'operatività del principio di leale collaborazione fra soggetti pubblici per l'acquisizione di documenti amministrativi, si ritiene che la disposizione in questione (art. 22, comma 5) si estenda ad ogni tipo di informazione e che la richiesta fra soggetti pubblici, attinendo a profili di interesse generale, non sia soggetta all'obbligo di comunicazione al controinteressato. (Commissione , parere del 17 giugno 2010)

6.10. Un Comando della Polizia Municipale ha chiesto di conoscere se, a parere della Commissione, debba dare corso alle richieste, avanzate da persone che in sede di procedimenti ispettivi o sanzionatori (per lo più relativi a rapporti di lavoro dipendente) siano state oggetto di denunce o di esposti, di conoscere il nominativo del denunziante o dell'esponente.

Al riguardo la Commissione fa presente che secondo un orientamento giurisprudenziale “*le finalità che sostengono le disposizioni che precludono ai datori di lavoro l'accesso alla documentazione contenente le dichiarazioni rese in sede ispettiva dai rispettivi dipendenti - fondate su un particolare aspetto della riservatezza, quello cioè attinente all'esigenza di preservare l'identità dei dipendenti autori delle dichiarazioni allo scopo di sottrarli a potenziali azioni discriminatorie, pressioni indebite o ritorsioni da parte del datore di lavoro -, prevalgono a fronte dell'esigenza contrapposta di tutela della difesa dei propri interessi giuridici, essendo la realizzazione del diritto alla difesa garantita "comunque" dall'art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990*” (Sez. V, 7 dicembre 2009 n. 7678 e 29 luglio 2008, n. 3798; Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923; 3 maggio 2002, n. 2366, 26 gennaio 1999, n. 59).

Secondo altro orientamento, invece, “*nell'ordinamento delineato dalla L. n. 241/1990, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto deve, pertanto, poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di segnalazioni, esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l'avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. procedente*

opporre all'interessato esigenze di riservatezza. La tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo al nostro ordinamento giuridico. Emblematico, in tal senso, è l'art. 111 Cost. che, nel sancire (come elemento essenziale del giusto processo) il diritto dell'accusato di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, inevitabilmente presuppone che l'accusato abbia anche il diritto di conoscere il nome dell'autore di tali dichiarazioni. Tale sfavore verso le denunce e le dichiarazioni anonime emerge poi, a più riprese, dal codice di procedura penale: si pensi, ad esempio, all'art. 240 C.p.p. in forza del quale i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquistati né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano il corpo del reato o provengano comunque dall'imputato; all'art. 195, comma 7, C.p.p. che sancisce l'inutilizzabilità della testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame; all'art. 203 C.p.p. che pure prevede l'inutilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori alla polizia giudiziaria quando il nome di tali informatori non venga svelato". (così TAR Lombardia-Brescia, Sez. I, sentenza 29 ottobre 2008 n. 1469, sulla base dei precedenti di cui Cons. Stato Sez. V, 27.5.2008 n. 2511; Sez. VI, 23.10.2007 n. 5569; Sez. VI, 25.6.2007 n. 3601; Sez. VI, 12.4.2007, n. 1699; Sez. V, 22.6.1998 n. 923; Ad. Plen. 4.2.1997 n. 5).

Entrambi gli orientamenti danno luogo a perplessità. Il primo orientamento perché in sostanza interpreta restrittivamente il disposto dell'art. 24, comma 7, relativo alla garanzia dell'accesso finalizzato alla "conoscenza necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici", limitandolo alla cura e difesa in sede giurisdizionale, trascurando che la legge assicura una prima difesa in sede amministrativa dinanzi a questa Commissione; e su questa base nega al datore di lavoro l'accesso in sede amministrativa, per la considerazione che l'interessato potrà comunque ottenerlo in sede giurisdizionale. Ma in tal modo chi voglia ottenere l'accesso è costretto a seguire la costosa e più lunga via giurisdizionale. Ma anche il secondo orientamento dà luogo a dubbi: perché consentendo l'accesso in sede amministrativa espone effettivamente il lavoratore ad azioni ritorsive.

Ritiene pertanto la Commissione che una equa via di mezzo possa essere quella di ammettere l'accesso al contenuto degli esposti o delle denunce solo qualora ricorrono le seguenti condizioni:

1) che il provvedimento, ispettivo o sanzionatorio, sia direttamente fondato sulle dichiarazioni acquisite da parte del denunziante o dell'esponente e non sugli accertamenti obiettivi che, sia pure a seguito delle denunce e delle dichiarazioni ricevute, l'Amministrazione ha poi autonomamente effettuato; e cioè soltanto nei casi in cui la denuncia o la dichiarazione abbia costituito la diretta ed essenziale causa giustificatrice del provvedimento lesivo e non semplicemente l'occasione per attivare i poteri d'ufficio dell'Amministrazione

(cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 5199/2009, in *Commissione per l'accesso, Giurisprudenza 2009*, pag. 270);

- 2) che il documento al quale è stato chiesto di accedere, non consenta, con gli opportuni omissis, di desumerne l'autore;
- 3) che, ove non sia possibile oscurare l'identità dell'autore, l'accesso possa essere concesso soltanto nel caso in cui l'interessato possa dare specifica prova, che la mancata conoscenza del nominativo di detto autore gli precluderebbe la cura o difesa dei suoi interessi giuridici in giudizio. (Commissione, parere del 28 settembre 2010)

6.11. Un Consigliere comunale - segnalando che l'ente civico aveva negato l'accesso all'elenco completo, per nominativo, delle concessioni cimiteriali perpetue per le quali l'amministrazione ha chiesto il rinnovo del canone in quanto implicherebbero, a dire dell'amministrazione, la conoscenza di dati riservati inaccessibili ai sensi del codice di protezione dei dati personali approvato con D Lgs n 196/2003 - sottopone a questa Commissione i seguenti quesiti al fine di conoscere se:

1. *l'accesso alle concessioni cimiteriali rientri nell'ambito di quello previsto dall'art 43 TUEL;*
2. *l'accesso possa riguardare qualsiasi informazione utile all'esercizio del mandato;*
3. *l'istanza di accesso debba essere motivata o necessariamente presentata per iscritto e debbano essere indicati specificamente gli estremi degli atti;*
4. *l'amministrazione possa sindacare l'interesse del consigliere all'accesso agli atti;*
5. *il diritto di accesso dei consiglieri possa incontrare limiti per la natura riservata delle informazioni;*
6. *il consigliere comunale, ai fini dell'accesso, debba essere titolare di un interesse diretto attuale e concreto.*

Secondo un consolidato orientamento di questa Commissione il “diritto di accesso” ed il “diritto di informazione” dei consiglieri comunali nei confronti della P.A. trovano la loro disciplina specifica nell’art.43 del d.lgs. n. 267/2000 (TU degli Enti locali) che riconosce ai consiglieri comunali e provinciali il “*diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato*”. Dal contenuto della citata norma si evince il riconoscimento in capo al consigliere comunale di un diritto dai confini più ampi sia del diritto di accesso ai documenti amministrativi attribuito al cittadino nei confronti del Comune di residenza (art. 10, T.U. enti locali) sia, più in generale, nei confronti della P.A. quale disciplinato dalla l.n. 241/1990. Tale maggiore ampiezza di legittimazione è riconosciuta in ragione del particolare munus espletato dal consigliere comunale, affinché questi possa valutare con piena cognizione di causa la correttezza e l’efficacia dell’operato

dell'Amministrazione, onde poter esprimere un giudizio consapevole sulle questioni di competenza della P.A., opportunamente considerando il ruolo di garanzia democratica e la funzione pubblicistica da questi esercitata (a maggior ragione, per ovvie considerazioni, qualora il consigliere comunale appartenga alla minoranza, istituzionalmente deputata allo svolgimento di compiti di controllo e verifica dell'operato della maggioranza). A tal proposito, il Giudice amministrativo individua la situazione giuridica in capo ai consiglieri comunali con 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". L'ampia accezione conferita al diritto di accesso dei consiglieri comunali, tale da involgere qualsiasi informazione ritenuta dal richiedente utile all'espletamento del mandato elettivo, con esclusione delle sole richieste strumentali ed indeterminate, svincola l'istanza sia dall'onere motivazionale, e dunque dalla prova dell'interesse diretto, concreto ed attuale all'accesso ai documenti richiesti, che da quello formale della espressione in forma scritta, altrimenti la P.A. si ergerebbe ad arbitro delle forme di esercizio delle potestà pubblicistiche dell'organo deputato all'individuazione ed al perseguimento dei fini collettivi. Conseguentemente, gli Uffici comunali non hanno il potere di sindacare il nesso intercorrente tra l'oggetto delle richieste di informazioni avanzate da un Consigliere comunale e le modalità di esercizio del munus da questi espletato. Anche il Giudice di secondo grado accredita una nozione particolarmente lata di informazioni utili all'espletamento del mandato consiliare, precisando che "dal termine "utili" contenuto nella norma in oggetto non consegue, quindi, alcuna limitazione al diritto di accesso dei consiglieri comunali, bensì l'estensione di tale diritto a qualsiasi atto ravvisato utile all'espletamento del mandato".(Consiglio di Stato, Sez. V, 09 ottobre 2007, n. 5264). Né per altro verso può riconoscersi all'Amministrazione uno spazio di sindacato in punto all'interesse del consigliere alla visione degli atti e all'ottenimento delle informazioni, poiché "l'interesse del consigliere comunale ad ottenere determinate informazioni o copia di specifici atti detenuti dall'amministrazione civica non si presta, pertanto, ad alcuno scrutinio di merito da parte degli uffici interpellati in quanto, sul piano oggettivo, esso ha la medesima latitudine dei compiti di indirizzo e controllo riservati al Consiglio comunale (al cui svolgimento è funzionale)"(Consiglio di Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471; T.A.R. Liguria, Sez. I, 01/07/2003, n. 827).

Nel caso di specie, le informazioni richieste attengono formalmente all'esercizio del mandato consiliare, essendo esse preordinate a verificare l'efficacia e l'imparzialità dell'azione amministrativa in un settore particolarmente nevralgico come quello dell'effettiva riscossione delle imposte

comunali da parte dell'amministrazione competente (T.A.R. Abruzzo, 08/03/2002, sentenza n. 303); e pertanto sono da ritenere accessibili dal consigliere comunale.

Ed anche i dubbi che possono sorgere riguardo alla tutela della riservatezza dei dati richiesti dai consiglieri comunali perdono di fondamento di fronte alla chiara lettera del disposto normativo di cui al 2º comma del medesimo art. 43, laddove stabilisce che “essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge” (cfr. C.d.S. n. 5879/2005; C.d.S., Sez. V, 4.5.2004 n. 2716) nonché di fronte alle previsioni del codice di protezione dei dati personali che consente il trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici, tra l'altro, per funzioni di controllo e indirizzo politico, direttamente connesse all'espletamento del mandato elettivo (arg. ex art. 67, co. 1, lett. A; art. 65, co. 4, lett. b). .

Inoltre, le richieste di accesso ai documenti avanzate dai Consiglieri comunali ai sensi dell'art. 43, co. 2, d.lgs. n. 267/2000 devono rispettare il limite di carattere generale – valido per qualsiasi richiesta di accesso agli atti - della non genericità della richiesta medesima, con la conseguenza che, 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, come nella specie è avvenuto, l'individuazione dell'oggetto dell'accesso (cfr. C.d.S., Sez. V, n. 4471 del 2.9.2005 e n. 6293 del 13.11.2002).

Infine, l'ampiezza del diritto di accesso dei consiglieri comunali determina, di riflesso, che l'accesso può in astratto indirizzarsi, oltre che, in generale, verso qualsiasi “notizia” o “informazione”, soprattutto verso tutti “documenti amministrativi e non” formati o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa”, ricomprensivo anche gli atti istruttori interni in qualche modo preparatori e/o propedeutici all'atto definitivo. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa – e in linea con essa quella di questa Commissione – è consolidata nell'ammettere, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. d) della legge n. 241/90, l'accesso anche agli atti preparatori, relazioni o pareri informali anche se non hanno una autonoma rilevanza, estendendo tale diritto anche a bozze o a brogliacci (Commissione, parere 14 dicembre 2010)

6.12 E' pervenuta ad un Comune la richiesta di accesso agli atti di un'organizzazione sindacale

In ordine all'accoglimento della richiesta d'accesso, l'amministrazione comunale ha espresso le seguenti perplessità:

1 – la richiesta sembra tendere ad un controllo generalizzato dell'operato dell'Ente, vietato dall'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990 e s.m.i.;

2 – in alcune parti la richiesta è orientata all’acquisizione di dati che devono essere elaborati ad hoc dall’Ente, in quanto non riportati in documenti amministrativi.

La Commissione osserva che la vigente disciplina in tema di accesso prevede che la legittimazione attiva spetti a quanti “abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso” (art. 22, 1° comma, legge n. 241 del 1990).

L’applicazione di tali previsioni alla legittimazione attiva delle Organizzazioni sindacali ha indotto il Consiglio di Stato e, parallelamente, la Commissione (cfr., parere del 14.01.2009), secondo un ormai consolidato orientamento, ad affermare che le Organizzazioni sindacali possono accedere ai documenti amministrativi in materia di gestione del personale solo quando l’istanza è volta a tutelare un interesse proprio del sindacato.

In altri termini, la giurisprudenza ha interpretato il carattere della personalità dell’interesse, ossia la riferibilità delle situazioni a tutela delle quali l’interesse è azionato concretamente ed immediatamente alla sfera giuridica dell’istante, nel senso che questo debba essere proprio dell’Organizzazione e non dei singoli associati.

Inoltre, affinché le Organizzazioni sindacali siano legittimate è necessario che esista un rapporto di strumentalità tra il documento amministrativo oggetto della richiesta e la situazione giuridica soggettiva sostanziale di cui si è titolari, in quanto il diritto di accesso deve essere riferito, come si è detto, ad un interesse proprio dell’Organizzazione sindacale.

In definitiva, le Organizzazioni sindacali, quali soggetti rappresentativi di interessi collettivi, non possono considerarsi titolari di un potere generale di controllo sull’attività amministrativa inteso come connotato implicito dell’attività sindacale, idoneo a consentire comunque l’accesso a tutti i documenti amministrativi, altrimenti si verrebbe ad estendere la latitudine dei diritti di accesso ai documenti amministrativi, fino a configurarlo come una sorta di azione popolare, diretta a consentire una forma di controllo generalizzato sull’amministrazione (cfr., tra i tanti, TAR Emilia Romagna – Parma, sentenza 10 gennaio 2003, n. 16).

Nella fattispecie, la richiesta dell’O.S. sembra diretta all’accertamento del rispetto del CCNL nell’organizzazione dell’orario di lavoro e del trattamento economico del personale della Polizia Municipale, per cui la motivazione che legittima all’accesso è sussistente. Di contro, il contenuto della richiesta e le modalità con le quali il Comune di Ciriè dovrebbe soddisfarla sembrano giustificare le perplessità formulate nell’istanza di parere in quanto effettivamente finalizzate ad un controllo generalizzato ed implicanti un’attività elaborativi da parte dell’amministrazione comunale.

La richiesta dell’O.S. potrebbe, conseguentemente, essere soddisfatta con una informativa da parte del Comune sull’applicazione in materia della disciplina contenuta del CCNL corredata da documentazione a campione di posizioni lavorative di alcune unità di personale ricadenti nelle fattispecie oggetto della domanda di accesso.

Peraltro, qualora l’O.S. istante avesse sede legale nel Comune di Ciriè, si renderebbe applicabile l’art. 10 del TUEL, secondo il quale l’accesso al cittadino (diritto estensibile alle persone giuridiche e alle associazioni) non incontra alcun limite oggettivo per cui la richiesta pur così “invasiva” dovrà essere accolta. Ovviamente i tempi del rilascio della documentazione non potranno pregiudicare lo svolgimento dell’ordinaria attività amministrativa comunale. (Commissione, parere, 14 dicembre 2010)

7. Gli interventi

Oltre all'attività consultiva e a quella giustiziale, la legge n. 241 del 1990 attribuisce alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi le funzioni di intervento e monitoraggio sull'applicazione del principio di trasparenza e del diritto di accesso presso tutte le pubbliche amministrazioni. In forza del combinato disposto di cui agli articoli 27, commi 5 e 6 della legge n. 241 del 1990.

La Commissione espleta tale funzione di intervento chiedendo alle amministrazioni di fornire tutte le informazioni e i chiarimenti necessari, entro un termine pari a trenta giorni.

Nel 2010 gli interventi della Commissione presso le amministrazioni sono stati in totale 13.

Generalmente la richiesta indirizzata all'amministrazione riassume l'oggetto della richiesta di intervento, sottolineando che ai sensi dell'art. 27, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241, la Commissione ha il compito di vigilare "affinché sia attuato il principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione" con il rispetto dei limiti fissati dalla legge e che ai sensi del comma 6, "*tutte le amministrazioni sono tenute a comunicare alla Commissione, nel termine assegnato dalla medesima, le informazioni ed i documenti da essa richiesti, ad eccezione di quelli coperti da segreto di Stato*". Pertanto, ai sensi delle succitate disposizioni, si sollecita la trasmissione di dettagliati chiarimenti da parte dell'amministrazione ai fini della definizione della pratica.

L'intervento si conclude con la trasmissione dell'informazione alla Commissione e al richiedente.

Anche se la Commissione non ha poteri coercitivi né sanzionatori, molto spesso, all'intervento segue la concreta adozione dell'atto da parte dell'amministrazione, in corretta applicazione della legislazione in materia d'accesso.

8. L'interpretazione del principio di trasparenza attraverso le decisioni più significative della Commissione

Nel 2010 la Commissione per l'accesso ha deciso 603 ricorsi. Si è avuto, come illustrato nella **figura 2**, un forte incremento dell'attività giustiziale rispetto all'anno precedente (nel 2009 le decisioni sono state 479).

Per il dettaglio sugli esiti dei ricorsi, si rimanda alle **figure 3 e 4**.

Di seguito si riportano, in sintesi, alcune tra le decisioni recanti gli orientamenti più significativi, adottate nel corso dell'anno.

8.1 La Commissione ha approfondito la questione relativa ai **ricorsi presentati avverso il diniego di accesso da parte delle Aziende Sanitarie Locali, asserendo la propria incompetenza**, tenuto conto che tali amministrazioni non partecipano delle caratteristiche proprie di quelle centrali e periferiche dello Stato, secondo quanto previsto dagli articoli 25, comma 4, 1.241/90 e 12, DPR n. 184/06. (Commissione, decisione del 12 gennaio 2010)

8.2. La Commissione ha ribadito la **propria competenza, in via residuale, a decidere i ricorsi presentati sia nei confronti delle Camere di Commercio, sia nei confronti degli Ordini professionali**. La legge n. 241 del 1990 non prevede, infatti, una specifica tutela amministrativa avverso i dinieghi all'accesso agli atti delle suddette amministrazioni, che non rientrano nell'ambito di competenza del Difensore Civico (competente a decidere i ricorsi contro le amministrazioni comunali, provinciali e regionali) né esplicitamente in quello della Commissione stessa (competente a decidere i ricorsi contro le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato). (Commissione, decisione del 2 febbraio 2010)

8.3. Nel respingere un ricorso rivolto avverro il diniego d'accesso ai **pareri resi dalle amministrazioni statali in ordine alla compatibilità costituzionale delle leggi regionali**, la Commissione si è espressa nel senso che tali atti sono prodromici rispetto all'esercizio di una competenza squisitamente politica del Consiglio dei Ministri, cui è rimessa in via esclusiva la valutazione dell'opportunità di impugnare una legge regionale dinanzi alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 127 della Costituzione. **La politicità dell'atto conclusivo del procedimento in cui si inserisce il parere sulla compatibilità costituzionale di una legge regionale, reso dall'Amministrazione competente *ratione materiae* in vista della seduta del Consiglio dei Ministri nel corso della quale si deve deliberare se impugnare o meno la legge regionale in questione, si riverbera sulla**

natura giuridica del parere stesso, che non può esser qualificato come mero atto amministrativo endoprocedimentale e non è, come tale, accessibile.(Commissione , decisione del 16 marzo 2010)

8.4. E' confermato dalla Commissione il principio, già ribadito dal Consiglio di Stato e dal giudice amministrativo di prime cure, secondo cui "allorquando venga presentata una **richiesta di accesso documentale motivata con riferimento alla necessità di tutelare i propri interessi nelle competenti sedi giudiziarie**, anche nel caso in cui non sia certo che, successivamente, tali atti siano effettivamente utilizzabili ai fini della **proposizione di eventuali domande giudiziali**, l'**accesso non può essere denegato**". Infatti, l'apprezzamento sull'utilità o meno della documentazione richiesta in ostensione non spetta né all'Amministrazione destinataria dell'istanza ostensiva né, addirittura, allo stesso giudice amministrativo adito con l'*actio ad exhibendum*, bensì al giudice (sia esso amministrativo che ordinario) eventualmente adito dall'interessato al fine di tutelare l'interesse giuridicamente rilevante, sotteso alla pgressa domanda di accesso". Inoltre, ha ribadito che, in merito alla oggettiva utilità o meno della documentazione richiesta nel corso di un giudizio pendente ovvero alla proponibilità del giudizio ovvero ancora alla semplice valutazione da parte dell'interessato circa la opportunità o meno di agire in sede giurisdizionale, nessun apprezzamento deve essere effettuato né dall'Amministrazione destinataria dell'istanza né da parte del giudice amministrativo, "sempre che l'interessato abbia dichiarato e motivato il suo interesse a tutelare la posizione soggettiva vantata tramite la conoscenza del contenuto degli atti richiesti".(Commissione, decisione del 13 aprile)

8.5. La circostanza formale della provenienza di un atto da un ufficio appartenente al potere giudiziario non esclude che esso partecipi delle caratteristiche dell'atto amministrativo. E' noto, invero, che in base alla teoria formale-sostanziale ben possono esservi casi di atti formalmente giurisdizionali ma sostanzialmente amministrativi (così come, del resto, esistono ipotesi in cui l'atto, formalmente amministrativo, sia da considerare nella sostanza normativo). La Commissione ha sottolineato, come da costante orientamento, che l'invio di documenti all'autorità giudiziaria e/o la presenza di un procedimento penale non vale di per sé a respingere la domanda di accesso, atteso che il segreto istruttorio di cui all'art. 329 c.p.p. non costituisce un motivo legittimo di diniego al rilascio di documenti fintanto che gli stessi siano nella disponibilità dell'amministrazione e il giudice che conduce l'indagine penale non li abbia acquisiti con uno specifico provvedimento di sequestro. Solo in questo caso l'amministrazione potrà legittimamente

rifiutare l'accesso. Pertanto, nel caso in cui l'amministrazione resistente detenga i documenti oggetto di indagine, i medesimi sono accessibili. (Commissione, decisione del 13 aprile)

8.6. In tema di concorsi pubblici, la Commissione ha affermato, come da copiosa giurisprudenza sia di quest'ultima sia del giudice amministrativo, la pressoché totale accessibilità dei documenti formati dalla commissione esaminatrice e prodotti dagli altri candidati. A tale riguardo, di recente, il T.A.R. Lazio si è così espresso "Le domande ed i documenti prodotti dai candidati, i verbali, le schede di valutazione e gli stessi elaborati costituiscono documenti rispetto ai quali deve essere esclusa in radice l'esigenza di riservatezza a tutela dei terzi, posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno evidentemente acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza. Tali atti, quindi, una volta acquisiti alla procedura, escono dalla sfera personale dei partecipanti che, pertanto, non assumono la veste di controinteressati in senso tecnico nel presente giudizio" (cfr.T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 8 luglio 2008, n. 6450);(Commissione decisione del 4 maggio 2010)

8.7. Accogliendo il ricorso di un cittadino che lamentava il diniego dell'amministrazione resistente al rilascio di copia dei documenti chiesto, la Commissione ha confermato il costante orientamento secondo cui non appare legittimo concedere la visione dei documenti senza poi dare la possibilità di estrarne copia, poiché l'esercizio del diritto di accesso, ai sensi delle disposizioni vigenti, deve considerarsi comprensivo di entrambe le modalità. Ciò a norma dell'art. 25, comma 1, della legge n. 241/1990, il quale prevede espressamente che "il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi", e dell'articolo 22, comma 1, lett. a), della legge n. 241/1990, il quale prevede che per diritto di accesso deve intendersi "il diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi". (Commissione, decisione del 17 giugno 2010)

8.8. In tema di accesso endoprocedimentale, la Commissione ha riconosciuto il diritto ad accedere ai documenti relativi alla procedura di espropriazione di una parte di un fondo di proprietà del richiedente l'accesso, al fine di verificare la legittimità della procedura e di ottenere il pagamento dell'indennità di occupazione ed espropriazione. Poiché non appare dubbio che un procedimento espropriativo sia destinato a incidere nella sfera giuridica del proprietario dell'immobile espropriato, la spettanza al ricorrente del diritto ad accedere ai documenti chiesti si fonda sulla loro

natura di atti endoprocedimentali, ai sensi del combinato disposto dell'art. 7, comma 1, e dell'art. 10, comma 1, lett. a), della legge n. 241/90.(Commissione decisione del 17 giugno)

8.9 La situazione sottostante la domanda di accesso non deve avere la consistenza del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, essendo sufficiente che non coincida con un interesse di mero fatto.(Commissione, decisione del 20 luglio 2010)

8.10. La Commissione ha sottolineato che l'Amministrazione resistente non può limitarsi a formulare in astratto il principio della non accessibilità dei documenti sottratti all'accesso, semplicemente richiamando le disposizioni che sottraggono all'accesso alcuni atti e documenti da essa detenuti. In tal modo essa vanifica il diritto di accesso del ricorrente ai documenti ostensibili in base al diritto oggettivo, la cui soddisfazione avrebbe richiesto, invece, la concreta individuazione di tali documenti, ovvero l'individuazione di quelli sottratti all'accesso.(Commissione decisione del 20 luglio 2010)

8.11. Nell'accogliere il ricorso di un Direttore Scolastico che chiedeva alla parte resistente di potere accedere ai documenti relativi alla procedura di assegnazione di sedi, alla quale aveva preso parte egli stesso, la Commissione ha affermato che la domanda di accesso non può essere respinta quando attiene sostanzialmente ad una situazione di interesse in capo al richiedente, sulla cui giuridica rilevanza non vi sono dubbi, nel caso di specie, in quanto è evidente la sussistenza di un interesse qualificato alla conoscenza dei documenti domandati, strumentale alla verifica, anche in sede giurisdizionale, della legittimità dell'operato dell'amministrazione nei suoi confronti.(Commissione, decisione del 20 luglio 2010)

8.12. E' impossibile qualificare come controinteressati, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lettera b) della legge n. 241/1990, gli altri candidati della procedura concorsuale che, avendo preso parte alla stessa, hanno evidentemente dato il proprio consenso all'acquisizione dei dati necessari alla comparazione dei requisiti di partecipazione al concorso, ragion per cui, quanto alle loro domande ed ai documenti ad essi allegati non è configurabile alcuna esigenza di tutela della loro riservatezza.(Commissione, decisione del 14 settembre 2010)

8.13. Secondo l'insegnamento del Consiglio di Stato, con riferimento ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse

pubblico (come i concessionari di pubblici servizi), l'istituto dell'accesso trova applicazione solo in caso di svolgimento di attività di interesse pubblico e limitatamente agli atti funzionalmente inerenti alla gestione di interessi collettivi, per i quali sussiste l'esigenza di garantire l'attuazione del principio del buon andamento cui la trasparenza è funzionale. Qualora l'istanza di accesso attenga ad un atto estraneo alla gestione del pubblico servizio, ne consegue l'inammissibilità del ricorso, per difetto di legittimazione passiva dei soggetti nei cui confronti sono stati proposti. (Commissione, decisione del 14 settembre 2010)

8.14. Va riconosciuto ad una società il diritto ad accedere ai documenti relativi ad una gara di appalto, alla quale aveva partecipato, non risultando, all'esito della stessa, aggiudicataria. L'interesse del richiedente è considerato dallo stesso legislatore *in re ipsa*, nel senso che è la stessa partecipazione al procedimento o la circostanza dell'efficacia diretta o indiretta di un provvedimento nei confronti di un soggetto a conferirgli la legittimazione a prenderne visione o ad estrarne copia. (Commissione, decisione del 14 settembre 2010)

8.15. In tema di accesso alla documentazione relativa agli accertamenti ispettivi, l'ostensibilità della documentazione contenuta nel fascicolo ispettivo è garantita, trattandosi di atti endoprocedimentali, ai sensi del combinato disposto degli articoli 7 e 10 della legge n. 241/1990. Tuttavia il diritto di difesa di un datore di lavoro destinatario di un verbale di accertamento in materia di lavoro, previdenza ed assistenza non è garantito fino al punto di consentire l'accesso alle dichiarazioni rese da lavoratori alle dipendenze dell'accendente, ciò essendo precluso dalla disciplina legislativa e regolamentare (art. 22, comma 1, lett. c) ed art. 24, comma 6, lettera d) della legge n. 241/1990; art. 2 del DM n. 757/1994), preordinata a tutelare non solo i lavoratori, ma anche il superiore interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione a tutela della sicurezza e della regolarità dei rapporti di lavoro. (Commissione, decisione del 28 settembre 2010)

8.16 Deve esser riconosciuta la legittimità di un'istanza di accesso rivolta all'Agenzia delle Entrate avente ad oggetto le dichiarazioni dei redditi di un contribuente, in lite con l'accendente per la determinazione dell'entità del credito spettante al contribuente a titolo di retribuzioni non corrisposte a far data dall'atto di licenziamento, alla stregua dell'art. 24, comma 7 della legge n. 241/1990, che garantisce l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria ai fini della tutela di interessi

giuridicamente rilevanti dell'accendenti. (Commissione, decisione del 28 settembre 2010)

8.17 La Commissione ha sottolineato che l'Amministrazione destinataria di un'istanza di accesso, qualora non abbia formato ovvero non detenga stabilmente i documenti richiesti, deve assumersi l'onere di trasmettere l'istanza di accesso alle Amministrazioni ritenute competenti, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.P.r .n. 184/2006. (Commissione, decisione del 28 settembre 2010)

8.18 Secondo costante orientamento del Consiglio di Stato e della Commissione, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, D.P.R. n. 184/2006, il gravame proposto avverso i provvedimenti di diniego e/o differimento dell'accesso deve essere presentato nei trenta giorni successivi alla piena conoscenza del provvedimento impugnato o alla formazione del silenzio-rigetto e, una volta che tale termine è decorso, una eventuale nuova istanza d'accesso presentata dal ricorrente, se meramente confermativa della prima, non è suscettibile di far decorrere di nuovo i termini decadenziali per la proposizione del gravame (cfr C.d.S. Ad. Pl. N. 6 del 18 .4.2006 (Commissione, decisione del 16 novembre 2010)

8.19 La Commissione, accogliendo un ricorso di un cittadino nei confronti dell'Agenzia delle entrate, ha affermato il principio che deve essere consentito di poter accedere agli elenchi di cui all'art. 69, comma 1 e all'elenco di cui all'art. 69, comma 4, lettera a) del d.p.r. n. 600/1973, limitatamente al nominativo dell' ex coniuge dell'accendente, con indicazione del reddito imponibile dichiarato dallo stesso e del tipo di dichiarazione dei redditi presentata, in quanto non vi è dubbio che l'accendente avendo dedotto in giudizio la sua pretesa ad ottenere un aumento dell'assegno divorzile, dovuto dal proprio ex coniuge, vanti un interesse diretto, concreto ed attuale ad accedere ai documenti richiesti, ove effettivamente esistenti, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lettera b) della legge n. 241/1990. (Commissione, decisione del 16 novembre 2010)

8.20 La Commissione ha accolto il ricorso di una S.p.a. che si era vista negare l'accesso dall'amministrazione resistente, affermando il principio che la società ricorrente, quale parte del raggruppamento temporaneo d'imprese, è titolare di un interesse giuridicamente rilevante ad accedere ai documenti relativi ad eventuali atti posti in essere in esecuzione di tale raggruppamento, al fine di tutelare i propri diritti, patrimoniali e non, nelle sedi opportune. (Commissione, decisione del 14

dicembre 2010)

8.21. La Commissione ha riconosciuto ad un carabiniere il diritto d'accesso ai documenti inerenti la propria richiesta di trasferimento, in quanto **il ricorrente, quale richiedente il trasferimento, è senza dubbio titolare di un interesse endoprocedimentale ad accedere a tale richiesta, senza che sia necessaria l'indicazioni delle ragioni a sostegno della propria istanza.** (Commissione, decisione del 14 dicembre 2010)

8.22. La Commissione ha confermato il costante orientamento interpretativo secondo il quale **l'accesso ha ad oggetto esclusivamente documenti formati o detenuti dalla pubblica amministrazione e che quest'ultima non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso, ed ha conseguentemente respinto il ricorso di un sindacato** la cui domanda d'accesso, nel caso di specie, appare tesa, più che al rilascio di documenti, all'ottenimento di informazioni. (Commissione, decisione del 14 dicembre 2010)

9. Accesso e riservatezza

Il diritto di accesso ed il diritto alla riservatezza hanno aspetti di complementarietà e di connessione che richiedono un coordinamento costante tra l'attività della Commissione e il Garante per la protezione dei dati personali.

Tale legame si estrinseca, formalmente, mediante il meccanismo della richiesta di parere obbligatorio, ma non vincolante. In concreto, in materia di riservatezza, nelle ipotesi di ricorso presentato innanzi alla Commissione deve essere richiesto il parere al Garante e, nel caso di ricorso presentato al Garante, deve essere richiesto il parere alla Commissione²⁷.

Nel corso degli ultimi anni, con riguardo alle questioni più frequentemente sottoposte all'esame della Commissione si rileva un orientamento consolidato del Garante.

In alcuni casi, si rinvengono pareri più innovativi, che investono fatti specie del tutto particolari.

Al riguardo, per il 2010, si segnalano le seguenti tematiche di maggiore interesse.

Accesso a documenti concernenti lo stato di salute (dati sensibili)

a) Documentazione medica di un minore.

Nell'Adunanza del 26 ottobre 2010, la Commissione, sollecitata da un'Azienda sanitaria locale, si è rivolta al Garante sottponendo la questione dell'accessibilità, da parte di un genitore, della documentazione sanitaria relativa ad “*accessi di pronto soccorso, ginecologia, continuità assistenziale*” riguardanti la figlia minore, al fine di accertare che il farmaco anticoncezionale, rinvenuto accidentalmente dal genitore medesimo, fosse stato prescritto da un medico.

Sul punto, pur rinviando alle competenti valutazioni del Garante, la Commissione ha ritenuto di esprimere il proprio parere negativo, richiamando la specifica normativa in materia e, in particolare, l'articolo 2, ultimo comma, della legge n.194 del 1978, secondo cui “*la somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori*”. La norma consente, pertanto, al minore, a tutela della salute psicofisica dello

²⁷ Ai sensi dell'art. 25, comma 4 della legge n. 241 del 1990 “*Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interassi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione*”.

stesso, di rivolgersi alle strutture sanitarie e ai consultori senza che i genitori ne siano informati.

Con parere in data 17 novembre 2010, il Garante ha condiviso le osservazioni formulate dalla Commissione, avuto riguardo all'esigenza di riconoscere una sfera di riservatezza in capo al minore in tale ambito che garantisca effettivamente la sua libertà di autodeterminazione.

b) Cartella clinica di un defunto.

Con parere reso nell'Adunanza del 2 febbraio 2010, la Commissione, esprimendosi su richiesta di un'azienda ospedaliera, in merito alla accessibilità della cartella clinica di un defunto da parte di un nipote, determinato dalla necessità di tutelare, anche in via giudiziale, l'immagine e gli interessi della famiglia che sarebbero stati lesi da una pellicola cinematografica attualmente in distribuzione, ha ritenuto prevalente la legittimazione di un nipote a tutelare il buon nome del nonno defunto e della sua famiglia rispetto a situazioni di controinteresse da parte di altri eredi del *de cunis*.

Accesso a documentazione fiscale e a documentazione inherente al rapporto di lavoro (dati personali)

Costituisce oramai giurisprudenza consolidata della Commissione quella secondo la quale la tutela della privacy diventa recessiva di fronte all'esigenza dell'accendente per curare e difendere i propri interessi giuridici, come del resto prevede l'art. 24, comma 7, l.n. 241/1990.

D'altra parte, con più provvedimenti di carattere generale (nn.40979, 42144, 39348, 40369, 1075036), il Garante ha avuto modo di chiarire la piena vigenza delle disposizioni relative all'accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali, fatte espressamente salve dall'art.59 del codice della privacy (d.lgs. n.196 del 2003).

a) In questo senso, è oramai consolidato orientamento della Commissione quello di consentire l'accesso alla *documentazione contributiva di un coniuge*, finalizzato alla tutela giuridica dei propri interessi economici (cfr., parere del 14 settembre 2010; decisione del 16 novembre 2010).

b) D'altra parte, in materia di accesso a notizie e documenti concernenti lo stato occupazionale di un soggetto, la Commissione ha da tempo riconosciuto il diritto all'accesso di soggetti terzi ai *dati in possesso dei Centri per l'impiego* ai fini della tutela giudiziaria (cfr., parere del 17 giugno 2010).

c) E' stato accolto il ricorso di un partecipante ad un bando comunale per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, volto ad ottenere copia delle dichiarazioni dei redditi dei soggetti coinvolti nella procedura (cfr. decisione del 23 febbraio 2010).

Accesso dei consiglieri comunali e provinciali e riservatezza

E' da considerarsi prevalente rispetto alla riservatezza, anche secondo l'orientamento consolidato del Garante, il diritto dei consiglieri comunali e

provinciali ad ottenere tutte le notizie e le informazioni in possesso del comune, della provincia e delle aziende o enti da essi dipendenti, utili all'espletamento del mandato.

La casistica è ampia e comprende, tra le altre, le seguenti fattispecie.

- *Rilevazioni che attestino i servizi del personale dipendente.* Con parere reso in data 6 aprile 2010, richiamando i propri precedenti provvedimenti, il Garante ha ritenuto che spetti all'amministrazione destinataria della richiesta di accesso accertare l'ampia e qualificata posizione di pretesa all'informazione *ratione offici* del consigliere, ferma restando la necessità che i dati acquisiti siano utilizzati effettivamente per le sole finalità pertinenti al mandato consiliare, rispettando il dovere di segreto “*nei casi specificamente determinati dalla legge*”, nonché i divieti di divulgazione dei dati personali. Da tale orientamento non ha ritenuto di discostarsi la Commissione (cfr. parere 25 maggio 2010).

- *Tabulati telefonici del Comune.* Con riguardo a tale fattispecie, la Commissione ha superato l'obiezione della natura documentale dei tabulati medesimi, ribadendo che l'unico limite al diritto dei consiglieri “*è costituito dalla circostanza che si tratti di notizie e informazioni già acquisite dal Comune*”, quali i tabulati che il gestore del servizio trasmette periodicamente al Comune medesimo.

- *Dati anagrafici dei cittadini.* Sulla questione, la Commissione ha avuto modo di esprimersi (cfr. parere 6 novembre 2010) sostenendo la compatibilità tra il trattamento dei dati personali, operazione rientrante nell'area disciplinata dal D. Lgs n. 196/2003 (Codice in materia di protezione di dati personali), ed il diritto di informazione del consigliere comunale e provinciale previsto dall'art 43 del TUEL, tenuto conto che l'art 59 d. lgs. n 196/2003 fa salve espressamente le disposizioni di legge in materia di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali e quindi giustificherebbe la trasmissione di dati personali al consigliere comunale e provinciale alla luce della specifica disposizione dell'art. 43, co 2, TUEL.

Anche in questa fattispecie la Commissione ha specificato che l'accesso ai dati personali va riconosciuto nella misura in cui essi siano pertinenti ed utili effettivamente allo svolgimento dei compiti di consigliere, spettando comunque alle Amministrazioni interessate accertare se la richiesta di accesso sia effettivamente funzionale al mandato politico del consigliere e operare il necessario coordinamento tra il diritto dei consiglieri comunali ad ottenere la trasmissione dei dati personali dei cittadini con i limiti posti dalla speciale disciplina di cui all'art. 34 DPR 223/1989 che consente l'uso di intere basi dati anagrafici alle sole amministrazioni pubbliche (ed al Comune per fini di comunicazione istituzionale ex art 177 d.lgs n 196/2003) e per esclusivo uso di pubblica utilità, potendo detta disposizione escludere gli amministratori locali o i titolari di cariche eletive dall'uso di tali elenchi di dati anagrafici per scopi culturali o ricreativi.

In ogni caso, ritenuta la originalità della fattispecie, la Commissione si è rivolta al Garante per la protezione dei dati personali, il quale, con parere dell'8 marzo 2011, ha cautamente richiamato l'art.19, comma 3, del d.lgs. n.196 del 2003 (Codice della privacy), secondo cui la comunicazione di dati personali dai soggetti pubblici a privati è ammessa qualora sia prevista da una norma di legge o di regolamento.

- *Pubblicazione sui siti internet di delibere di consiglio e di giunta comunale.*

Con parere reso nella seduta del 26 ottobre 2010, la Commissione ha affrontato la questione degli effetti sulla tutela della privacy della pubblicazione sul sito internet del Comune delle delibere assunte dal Consiglio e dalla Giunta.

Al riguardo, è stato rilevato come: a) la pubblicazione informatica degli atti di interesse generale, che investono la comunità amministrata, non dovrebbe generare problemi di tutela della riservatezza, coincidendo tale tipologia di atti con quelli generalmente esposti nell'albo pretorio che contiene gli atti destinati per legge, regolamento o disposizione comunale, alla conoscenza pubblica e che una recente normativa (art.32, l. n. 69/2009) espressamente impone anche per gli atti e provvedimenti amministrativi la cui pubblicazione ha effetto di pubblicità legale (l'albo pretorio informatico è già utilizzato dai Comuni); b) la pubblicazione informatica di atti a destinazione individuale (es. autorizzazioni, concessioni) non sembra presentare particolari problemi di riservatezza, scaturendo tali atti da procedimenti amministrativi tipici con presenza di contraddittorio; c) con riguardo, infine, alla pubblicazione informatica di provvedimenti individuali basati sulla titolarità di requisiti soggettivi personali, la tutela della riservatezza acquista una funzione più pregnante e delicata, a causa della esposizione di dati più sensibili che bisognerebbe preservare dalla conoscenza diffusa e libera quale è quella della rete telematica.

10. Accesso e trasparenza alla luce dei recenti interventi legislativi e dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa e della Commissione

La novella apportata dall'articolo 10, comma 1, lett.a), della legge 18 giugno 2009, n.69 all'articolo 22, comma 2, della legge n.241 del 1990, ha profondamente inciso sulla connotazione del diritto di accesso, conferendo al medesimo il valore di principio generale dell'attività amministrativa.

Segnatamente: “*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*”.

Tale innovazione ha annoverato l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di assicurare l'accesso ai documenti amministrativi tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, comma 2, lett.m), Cost., al pari delle disposizioni della legge n.241 del 1990 in materia di partecipazione al procedimento, di individuazione del responsabile, di conclusione del procedimento entro il termine massimo prefissato dalla legge.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, nell'interpretazione della norma così riformulata, se, da un lato, il diritto di accesso vale a tutelare interessi individuali di ampiezza tale da incontrare solo il limite della giuridicità, esso, al contempo, “è collegato ad una riforma di fondo dell'amministrazione, ispirata ai principi di democrazia partecipativa, della pubblicità e della trasparenza dell'azione amministrativa, la quale costituisce appunto “principio generale” e che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e all'attività soggettivamente amministrativa, quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi ed illegalità.” (così, C.d.S., sez.IV, sentenza 14 aprile 2010, n.2092 e TAR Lazio, sez.I, sentenza 4 ottobre 2010, n.32662). In questo senso, l'accesso non è più meramente strumentale alla proposizione di un'azione giudiziale, travalica la dimensione della tutela processuale di diritti soggettivi o interessi legittimi la cui azionabilità diretta prescinde dal preventivo esercizio del diritto di accesso, così come l'esercizio del secondo prescinde dalla prima. Da ciò, la giurisprudenza fa discendere la natura astratta o acausale del diritto di accesso, il quale può essere fatto valere senza che l'amministrazione (o il controinteressato) possa sindacare nel merito la fondatezza della pretesa o dell'interesse sostanziale cui quel diritto è correlato e strumentalmente collegato (C.d.S., sez. IV, sentenza 13 gennaio 2010, n.63; C.d.S., sez. V, sentenza 14 febbraio 2010, n.942).

In conclusione, l'interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso non solo non deve necessariamente consistere in un interesse

legittimo o in un diritto soggettivo, dovendo solamente essere giuridicamente tutelato, purchè non si tratti del generico e indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa.

L'orientamento della Commissione nel corso del 2010 conferma l'interpretazione resa dalla giurisprudenza amministrativa.

In tal senso, in linea generale, è sempre consentito l'accesso qualora riguardi atti inerenti un procedimento al quale il richiedente abbia preso parte (e che dunque incidono sulla sua sfera giuridica) senza che sia necessario verificare l'interesse sotteso alla istanza (art.10, legge n.241 del 1990) (v., tra le moltissime altre, le seguenti pronunce più significative: adunanza del 12 gennaio 2010 (documentazione relativa ad elezioni di un consiglio dell'Ordine); adunanza 23 febbraio 2010 (documentazione relativa alla gestione di un condominio da parte di un condomino; bando per alloggi residenziali); adunanza 16 marzo 2010 (documentazione relativa alla regimentazione delle acque piovane da parte di proprietario di terreno); adunanza 25 maggio 2010 (documentazione relativa alle competenze ed agli onorari spettanti per legge agli avvocati dello stato da parte di un Avvocato dello stato in servizio); adunanza 17 giugno 2010 (trasferimento di servizio; documentazione relativa a procedura di esproprio); adunanza 14 settembre 2010 (bando selettivo per vacanze studio; graduatorie docenti; procedura concorsuale per abilitazione alla professione; procedimento elettorale di un'assemblea sportiva; gara di appalto); adunanza 28 settembre 2010 (verbali scolastici relativi a sostegno dell'alunno, da parte del genitore); adunanza 12 ottobre 2010 (atti relativi alla determinazione del proprio trattamento economico); adunanza 26 ottobre 2010 (procedure di mobilità tra amministrazioni; documentazione relativa a cartelle esattoriali; verbali di consiglio d'Istituto); 16 novembre 2010 (documentazione relativa al regime carcerario da parte di detenuto; rilascio del permesso di soggiorno)

In altri casi, sono stati ritenuti meritevoli di accoglimento ricorsi sottesti al soddisfacimento di interessi tutelati in via astratta, quali il diritto alla salute (ricorso di un Giudice di Pace volto ad ottenere gli atti adottati dall'amministrazione della Giustizia in merito alla situazione gravemente deficitaria dei servizi igienico-sanitari dello stabile ospitante la sede distaccata del Giudice di Pace (adunanza 12 gennaio 2010)) o il diritto di un'Associazione a scopo culturale di acquisire la documentazione relativa ad una mostra organizzata dal Ministero per i beni e le attività culturali (adunanza 28 settembre 2010).

11. Effetti deflattivi sul contenzioso giurisdizionale dell'attività giustiziale della Commissione

La Commissione per l'accesso contribuisce non soltanto alla concreta realizzazione del principio di trasparenza, attraverso l'agevolazione dell'accesso ai documenti amministrativi, grazie ad un'azione costante di interpretazione e chiarificazione della vigente disciplina nella materia, ma anche ad una consistente riduzione del contenzioso giurisdizionale, come del resto illustra la **figura 14**, dalla quale risulta che su un totale di 1994 ricorsi trattati dalla Commissione dal 2006 ad oggi, solo 42 sono stati successivamente impugnati dinanzi al TAR. In particolare nel corso del 2010, su 603 ricorsi, solo 15 sono stati successivamente oggetto di impugnativa dinanzi al TAR.

Il rapporto medio tra decisioni della Commissione e ricorsi al TAR è nel complesso del 2,10%. Nel corso dell'anno 2010, si è registrato un lieve incremento del tasso di impugnazione in sede giurisdizionale delle decisioni della Commissione che si è attestato sul 2,48%.

Figura: 14 gli effetti deflattivi dell'azione giudiziale della Commissione

| | RICORSI ALLA COMMISSIONE | RICORSI AL TAR | RAPPORTO TRA RICORSI AL TAR E RICORSI ALLA COMMISSIONE |
|---------------------------|---------------------------------|-----------------------|---|
| ANNO 2006 (2°sem.) | 125 | 2 | 1,60% |
| | NUMERO RICORSI | RICORSI AL TAR | |
| ANNO 2007 | 361 | 7 | 1,93% |
| | NUMERO RICORSI | RICORSI AL TAR | |
| ANNO 2008 | 426 | 10 | 2,34% |
| | NUMERO RICORSI | RICORSI AL TAR | |
| ANNO 2009 | 479 | 8 | 1,67% |
| | NUMERO RICORSI | RICORSI AL TAR | |
| ANNO 2010 | 603 | 15 | 2,48% |
| TOTALE | 1994 | 42 | 2,10% |

Tale incremento è stato generato, soprattutto, dalle impugnative rivolte avvero le decisioni della Commissione che avevano respinto le richieste di riesame del diniego d'accesso in applicazione dei vigenti regolamenti amministrativi di esclusione dall'accesso, non avendo la Commissione stessa il potere di disapplicare né di annullare le norme regolamentari, anche se di dubbia legittimità.

Peraltro, si osserva che, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, il ricorso alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi introdotto dall'articolo 25 della legge n. 241 del 1990, costituisce un rimedio amministrativo assimilabile, a tutti gli effetti, ad un ricorso gerarchico improprio, in quanto rivolto presso un organo non originariamente competente, né legato a quello competente da una relazione organica di sovraordinazione.

Emblematica al riguardo è la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938, secondo cui non sussiste “*in astratto alcun motivo di ordine giuridico per escludere che in materia d'accesso sia ammissibile un ricorso di tipo amministrativo, comunque configurato o denominato (riesame, ricorso gerarchico proprio, ricorso gerarchico improprio, ecc.). E d'altra parte questa è sicuramente l'intenzione del legislatore, che nell'attuale testo dell'art. 25 della legge n. 241/1990 ha previsto un ricorso amministrativo al difensore civico (che si configura come una sorta di ricorso gerarchico improprio) e che nell'Atto Senato n. 1281 ha previsto anche un analogo ricorso amministrativo alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 27 della legge stessa (anch'esso configurabile come ricorso gerarchico improprio)*”.

Anche il T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 5 maggio 2008, n. 3675 ha aderito alla tesi che assegna a tale rimedio natura di ricorso amministrativo, osservando che le norme di legge e regolamentari che delineano il procedimento innanzi alla Commissione, configurano in modo chiaro un iter di tipo giustiziale, osservando in particolare che : “*il trasferimento in sede giurisdizionale di una controversia instaurata in sede gerarchica possa avvenire solo quando il procedimento giustiziale sia stato correttamente instaurato, ciò discendendo dalla necessità di evitare facili elusioni del termine decadenziale previsto per l'esercizio dell'azione innanzi al giudice. Tale principio è applicabile anche all'actio ad exhibendum in quanto, come chiarito da Cons. Stato, Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, la natura impugnatoria del relativo ricorso prescinde dalla natura della situazione giuridica soggettiva sottostante*”.

Se si osserva, poi, la **figura 15** che illustra i giudizi innanzi ai TAR, emerge che dei ricorsi avverso le decisioni della Commissione per l'accesso agli atti, solo una minima parte sono stati accolti dal Giudice amministrativo. In particolare, nell'anno 2010, su 15 ricorsi presentati, solo 3 sono stati accolti.

Figura 15: gli esiti dei ricorsi al TAR avverso le decisioni della Commissione per l'accesso

| | NUMERO RICORSI | ESITO |
|----------------------|---------------------------|---|
| ANNO 2006 | 2 | 1 INAMMISSIBILE 1 RESPINTO |
| | | |
| | | |
| | NUMERO RICORSI | ESITO |
| ANNO 2007 | 7 | 1 INAMMISSIBILE 2 ACCOLTI 4 RESPINTI |
| | | |
| | | |
| | NUMERO RICORSI | ESITO |
| ANNO 2008 | 10 | 4 ACCOLTI 2 IMPROCEDIBILI 2 INAMMISSIBILI 1 RESPINTO 1 IMPROC/ACCOLTO |
| | | |
| | | |
| | NUMERO RICORSI | ESITO |
| ANNO 2009 | 8 | 4 INAMMISSIBILI 3-RESPINTI 1 IMPROC/INAMM/ACC |
| | | |
| | | |
| | NUMERO RICORSI | ESITO |
| ANNO 2010 | 15 | 6 INAMMISSIBILI 1 IMPROCEDIBILE 5 RESPINTI 3 ACCOLTI |
| | | |
| | | |

Indice delle figure

| | |
|---|-----|
| Figura 1: accessi al sito della Commissione (2010)..... | 71 |
| Figura 2: attività della Commissione dal 2006 al 2010 | 74 |
| Figura 3: esito dei ricorsi nel 2007, nel 2008 e nel 2009..... | 76 |
| Figura 4: esito dei ricorsi nel 2010..... | 77 |
| Figura 5: amministrazioni resistenti rispetto al totale dei ricorsi | 79 |
| Figura 6:percentuale di ricorsi per amministrazione resistente..... | 80 |
| Figura 7:categorie di amministrazioni resistenti | 81 |
| Figura 8: ricorsi per tipo di amministrazioni | 82 |
| Figura 9: distribuzione geografica dei ricorsi | 83 |
| Figura 10: distribuzione dei pareri per regione..... | 84 |
| Figura 11: pareri resi sui regolamenti rispetto al totale | 85 |
| Figura 12: sogetti richiedenti il parere della Commissione | 86 |
| Figura 13: suddivisione dei pareri richiesti dagli enti locali | 87 |
| Figura 14: gli effetti deflattivi dell'azione giudiziale della Commissione per l'accesso..... | 120 |
| Figura 15: gli esiti dei ricorsi al TAR avverso le decisioni della Commissione per l'accesso..... | 122 |