

La Commissione per l'accesso - confrontandosi con i primi casi concreti sottoposti alla sua attenzione da cittadini che hanno rivolto, ai sensi dell'articolo 25 della legge n. 241 del 1990, istanza di riesame di dinieghi all'accesso ad atti rientranti nella categoria dei documenti per i quali vige l'obbligo di pubblicazione e piena visibilità, ai sensi del d.lgs. n. 33 del 2013, ha confermato il proprio orientamento, già espresso nel 2012, in sede di applicazione dell'articolo 11 del d.lgs. n.150 del 2009, ritenendo comunque sempre accessibili, senza necessità di dimostrazione di uno specifico interesse, ai sensi della legge n. 241, tutti gli atti rientranti nella disciplina dettata dal d.lgs. 33/2013 – e conseguentemente accogliendo i ricorsi presentati avverso i dinieghi delle amministrazioni.

Premesso quanto sopra, **la Commissione ritiene utile suggerire al legislatore che la nuova disciplina, introdotta dal decreto n. 33/2013, venga integrata e coordinata con le norme in materia d'accesso di cui alla legge n. 241 del 1990.**

In particolare, **sarebbe auspicabile un intervento legislativo volto a chiarire meglio di quali strumenti giustiziali possa disporre il cittadino che eserciti l'accesso ex d.lgs. 33/ 2013, nel caso di resistenza attiva o passiva della pubblica amministrazione.**

Infatti, dal dato letterale delle norme vigenti, appare dubbio se, per l'accesso a fini di trasparenza e per l'accesso civico sia, comunque, azionabile il ricorso amministrativo alla Commissione per l'accesso.

In caso di interpretazione negativa verrebbe meno, per tutti gli atti soggetti a pubblicazione obbligatoria, una forma di tutela, in via amministrativa, attualmente garantita dalla legge n. 241 del 1990 per l'accesso ai documenti amministrativi, con grave *vulnus* dell'effettiva possibilità di far valere concretamente i nuovi principi di trasparenza affermati dal d.lgs. n. 33/2013, anche perché la Commissione per l'accesso sta tuttora svolgendo, a titolo totalmente gratuito, e con la massima semplicità procedurale, un'autorevole, preziosa, rapida e capillare attività di orientamento delle pubbliche amministrazioni e degli amministrati, con conseguente deflazione del contenzioso giurisdizionale in materia.

Viceversa, per il nuovo accesso civico, in mancanza di uno specifico rimedio amministrativo *super partes*, resterebbe azionabile soltanto la tutela in sede giurisdizionale.

Va infine considerato che, **ad avviso della Commissione per l'accesso, sarebbe auspicabile eliminare l'incomprensibile dicotomia tra "accesso ai documenti amministrativi" e "accesso alle informazioni", fondendo le due figure in un'unica forma d'accesso.**

5.2 La “trasparenza organizzativa” nei pareri e nelle pronunce della Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi

La Commissione si è parecchie volte pronunciata, nel corso del 2013, sia in sede consultiva, sia in sede giustiziale, circa l’applicabilità o meno dell’accesso *ex lege* n. 241/90 ai documenti amministrativi rientranti nella categoria degli atti organizzativi, per i quali vige il regime di trasparenza e visibilità assoluta da parte di tutti i cittadini, a prescindere dalla sussistenza di uno specifico e differenziato interesse all’accesso in capo al richiedente, in quanto, ai sensi dal decreto legislativo n. 33 del 2013¹¹, sono assoggettati all’obbligo di pubblicazione sui siti delle pubbliche amministrazioni.

La posizione espressa dalla Commissione è stata nel senso della piena accessibilità di tutti gli atti e documenti organizzativi soggetti agli obblighi di pubblicazione, ai sensi dell’articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, 2009, n. 150, in considerazione del fatto che sarebbe illogico e contraddittorio negare il diritto d’accesso a tali atti, ai soggetti che li richiedano in quanto aventi la titolarità di un interesse diretto all’accesso ai sensi della legge n. 241 del 1990, atteso il principio di piena visibilità consentita a tutti i cittadini.

Nello specifico, la Commissione si era già espressa nel 2012, affermando la piena trasparenza amministrativa degli atti organizzativi e stabilendo l’obbligo di pubblicazione dei provvedimenti di liquidazione delle competenze al personale e dei compensi corrisposti e la conseguente accessibilità totale di tali atti.

In particolare, nel parere n. 2.1 espresso il 3 luglio 2012 la Commissione ha affermato, tra l’altro che, ai sensi dell’art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 150 del 2009, la trasparenza amministrativa è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti ogni aspetto dell’organizzazione e dell’utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali. In tale ottica, *“ogni amministrazione provvede alla contabilizzazione dei costi e all’evidenziazione dei costi effettivi e di quelli imputati al personale per ogni servizio erogato, nonché al monitoraggio del loro andamento nel tempo, pubblicando i relativi dati sui propri siti istituzionali”* (art. 11, comma 4, del d.lgs.n.33 del 2013).

L’amministrazione ha, peraltro, l’obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale le retribuzioni dei dirigenti, con specifica evidenza sulle componenti variabili della retribuzione e sulle componenti legate alla retribuzione di risultato nonché le retribuzioni di coloro che rivestono incarichi di indirizzo politico amministrativo (articolo 11, comma 8, lettere g) e h) del d.lgs. n. 150 del 2009).

¹¹ Già l’articolo 11 del decreto legislativo n. 150 del 2009, che è stato poi abrogato dal decreto legislativo n. 33 del 2013, prevedeva tale obbligo. – Vedi al riguardo paragrafo 4.1. Tra le decisioni rese dalla Commissione per l’accesso su tale argomento, vedi, in particolare, la decisione del 18 giugno 2013, riportata nel paragrafo 12.32.

Nel corso del 2013 diverse sono state le pronunce rese dalla Commissione su tale tematica. In particolare, la Commissione ha chiarito di non avere competenza a pronunciarsi in materia di violazione degli obblighi di pubblicazione e pubblicità sui siti internet delle amministrazioni, né in materia di accesso civico, esercitato ai sensi del d.lgs. n.33 del 2013, limitandosi a pronunciarsi nel merito solo ed unicamente nei casi di violazione del diritto d'accesso e di conseguente richiesta di riesame del diniego, ai sensi dell'articolo 25, della legge n.241 del 1990.

6. Accesso e riservatezza

Diritto d'accesso e diritto alla riservatezza costituiscono due posizioni giuridiche confliggenti ed, in particolar modo, in caso di opposizione del controinteressato all'accesso, l'amministrazione è chiamata a contemperare i due interessi contrapposti, garantendo il pieno rispetto del principio di trasparenza nei confronti dell'accedente, assicurando nel contempo, ove possibile, adeguata protezione ai dati sensibili trattati.

I due diritti si pongono in rapporto potenzialmente antitetico dal momento che uno tutela la trasparenza e la pubblicità dell'attività amministrativa, garantendo il diritto di accesso agli atti amministrativi da parte dei soggetti interessati, l'altro si pone a difesa della riservatezza dei dati attinenti alla sfera personale degli amministrati. Da qui deriva il delicato problema di come conciliare l'interesse pubblico alla trasparenza dell'attività amministrativa ed i diritti della personalità, correlati alla privacy. La possibilità, sempre più ampia, riconosciuta agli individui di conoscere gli atti coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo ha, infatti, inciso sempre più profondamente nella sfera privata dei cittadini, che, al contempo, richiedono una maggiore tutela della propria riservatezza.

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

In particolare, l'articolo 25, comma 4, della legge n.241 del 1990 prevede che 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. Si tratta di un parere obbligatorio, ma non vincolante. Nel caso di ricorso presentato al Garante, deve essere richiesto il parere alla Commissione¹².

La Commissione per l'accesso ha avuto modo di sottolineare, attraverso le decisioni ed i pareri resi, che al fine di esaminare in modo corretto il rapporto tra la posizione soggettiva dell'accedente ed il diritto alla riservatezza del controinteressato all'accesso e tra le esigenze sottese all'esercizio di tale diritto ed altre esigenze, anch'esse riconosciute meritevoli di tutela

¹² 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, interessi 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".

dall'ordinamento, ma con esso configgenti, occorre innanzitutto considerare che si tratta di due diritti di rango costituzionale: quello dell'accesso discendente dagli articoli 96 e 97 della Costituzione¹³ e il diritto alla riservatezza, considerato un diritto inviolabile dell'uomo, derivante dall'articolo 2 della Costituzione.

Sulla problematica inerente la necessità di contemperare le opposte esigenze di garanzia dell'accesso ai documenti e di tutela della sfera privata è intervenuta ripetutamente la giurisprudenza. Particolarmente rilevanti al riguardo sono la sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 12 gennaio 2005, nonché numerose decisioni del giudice amministrativo¹⁴ che hanno tentato di risolvere il problema, offrendo diversi ed interessanti spunti di riflessione ed aprendo nuovi orizzonti al fine di consentire interpretazioni costituzionalmente orientate. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi si raffronta costantemente con l'esistenza e la rilevanza di situazioni soggettive, individuali e collettive altrettanto degne di tutela, quale la riservatezza dei soggetti coinvolti nelle vicende che, di volta in volta, possono divenire oggetto di conoscenza o divulgazione.

La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, attraverso l'attività svolta nel corso dell'anno 2013, confermando i propri consolidati orientamenti, sia in sede giustiziale, sia in sede consultiva, ha più volte ribadito che il principio di pubblicità e trasparenza è funzionale all'attuazione dei precetti costituzionali di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione e, dunque, di regola, è prevalente rispetto alle contrapposte esigenze di riservatezza, salvo nel caso dei dati cosiddetti sensibilissimi (legati alla salute, alla vita sessuale ecc...).

Inoltre la stessa Commissione ha avuto modo di ribadire, anche nel 2013, il principio della **prevalenza dell'esercizio del diritto di difesa rispetto alla riservatezza anche nel caso di dati sensibili o ultrasensibili, stabilendo che debba essere accolta l'istanza di accesso quando i documenti di cui si chiede di conoscere il contenuto - benché idonei a rivelare lo stato di salute di una terza persona e protetti quindi dall'art. 60, del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 - sono indispensabili per la tutela del diritto alla difesa dei propri interessi giuridici, se tali**

¹³ Sotto il profilo del fondamento costituzionale del diritto d'accesso, un'altra opinione giurisprudenziale riconduce il diritto all'informazione all'art. 21 della Costituzione, valutando non tanto il diritto ad informare (valenza attiva del diritto), quanto il diritto ad essere informati (valenza passiva).

¹⁴ Tra le numerose sentenze in materia, dalle quali emerge l'attualità del problema relativo ad un adeguato inquadramento del diritto di accesso nel novero delle posizioni giuridicamente rilevanti e del rapporto dello stesso con il diritto alla riservatezza, da ultimo, si segnala la sentenza del T.A.R. del Lazio n. 308 del 2005. In tale decisione, il giudice amministrativo ha affrontato sia la problematica relativa al contenuto dell'istanza di accesso, sia il rapporto di valore tra il diritto di accesso e la privacy (con particolare riferimento all'ostensione dei documenti relativi ai dati c.d. "supersensibili"), offrendo, altresì, all'operatore pratico interessanti spunti di riflessione in ordine alle modalità di esercizio del suddetto diritto, al fine di conciliare lo stesso con il diritto alla riservatezza.

interessi attengono ad una situazione giuridicamente rilevante di rango almeno pari ai diritti tutelati dalla riservatezza del controinteressato all'accesso, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

In particolare, la Commissione, in sede consultiva, ha affermato in proposito che *“nel caso di documentazione contenente dati idonei a rivelare lo stato di salute, l'accessibilità è ammessa soltanto nei limiti in cui l'ostensione sia “strettamente indispensabile” e se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile. Precisando che la questione controversa attinente al conflitto tra diritto di accesso e tutela della riservatezza dei terzi deve essere risolta nel senso che l'accesso – qualora venga in rilievo per la cura o la difesa di propri interessi giuridici, ed ovviamente nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse – deve prevalere rispetto all'esigenza di riservatezza del terzo (come oggi prevede espressamente il c. 7 dell'art. 24, legge n. 241 del 1990) tutte le volte che vengono in considerazione dati comuni. Nel caso in cui, invece, come nella fattispecie vengono in rilievo dati sensibili o, meglio ancora, dati idonei a rivelare lo stato di salute, l'accesso è consentito (secondo quanto previsto dal medesimo art. 24, c. 7) soltanto nei limiti in cui l'ostensione sia “strettamente indispensabile” e “se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile” (art. 60, d.lgs. n. 196 del 2003). Nel bilanciamento tra gli interessi in conflitto, la giurisprudenza del giudice amministrativo ha infatti precisato che tale bilanciamento deve avvenire in concreto, verificando se il diritto che si intende far valere o difendere attraverso l'accesso sia di rango almeno pari a quello della riservatezza”.*

Nel caso di documenti contenenti dati comuni, invece, la scelta del legislatore è stata quella di far comunque prevalere l'accesso rispetto alla riservatezza. La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ha confermato tale interpretazione, nei pareri resi nel corso dell'anno, riconoscendo che *“nel contrasto tra diritto d'accesso e diritto alla riservatezza, qualora si tratti di documenti contenenti dati comuni, il diritto alla riservatezza appare sempre recessivo rispetto al diritto d'accesso”.*

6.1 Limiti del diritto d'accesso

Il diritto di accesso può essere limitato dal potere esecutivo nel caso in cui venga in rilievo l'esigenza di garantire la tutela dell'ordine pubblico nelle sue più varie estrinsecazioni; quando lo stesso si ponga in contrasto con il diritto alla riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche o di gruppi, portatori e titolari di interessi qualificati; infine, qualora i documenti richiesti ineriscano alla contrattazione collettiva.

La legge n. 241 del 1990, nella originaria stesura, garantiva, comunque, l'accesso ai documenti amministrativi per la difesa di interessi giuridici nei casi di contrasto tra diritto di accesso e riservatezza. A seguito delle modifiche alla legge n. 241 del 1990, il legislatore del 2005 ha posto una norma generale di chiusura del sistema, fissando il principio secondo cui l'esigenza di difesa dei propri interessi giuridici acquista rilievo e prevalenza non solo con riferimento al contrapposto diritto alla riservatezza ma anche in tutti i casi possibili di esclusione del diritto di accesso.¹⁵

Tuttavia, in forza delle disposizioni del codice sulla privacy, richiamate dalla stessa legge n. 241 del 1990, **sono comunque fatti salvi i cosiddetti dati supersensibili, la cui ostensione è limitata ai soli casi di "stretta indispensabilità"**.

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'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale". Tale formulazione, rispetto alla precedente, è sicuramente più in linea con la disciplina dettata dal Codice della privacy.¹⁶

¹⁵ L'art. 24 della legge 241/90, dopo aver direttamente previsto le ipotesi generali di esclusione per il diritto di accesso, statuisce che "il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi:a) quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione;b) quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria;c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini;d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono;e) quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato. 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.

¹⁶ Nella vecchia formulazione dell'articolo 24 della legge n. 241 del 1990, infatti, mentre le prime tre categorie in essa previste indicavano dei limiti tassativi, tali da introdurre delle vere e proprie ipotesi di esclusione dall'accesso ai documenti, estremamente generico si rivelava il limite costituito dall'esigenza di tutelare la riservatezza dei terzi, atteso che solo quest'ultimo veniva temperato dalla necessità di garantire, comunque, agli interessati "la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici". In pratica, nella previsione della limitazione stessa, si cercava di conciliare e salvaguardare i due diversi interessi giuridici in competizione, con la conseguenza che la riservatezza non rappresentava più un vero e proprio limite, ma, più che altro, un ostacolo da armonizzare con le esigenze dei soggetti aventi un interesse all'accesso. In tal modo, la riservatezza costituiva l'eccezione alla regola dell'accessibilità ai documenti amministrativi, eccezione viepiù passibile a sua volta di deroga (con conseguente riesplorazione del principio di accessibilità agli atti) qualora la conoscenza dei documenti, oggetto di richiesta, fosse preordinata alla cura o alla tutela degli interessi giuridici dell'istante. La giustificazione a tale diversificata disciplina, veniva rintracciata nella profonda diversità degli interessi tutelati, coinvolti o configgenti sottesi alle varie fattispecie.

6.2 Limiti al diritto di riservatezza

Il diritto di riservatezza non è posto dall'ordinamento né in termini assoluti, né in maniera chiara. Malgrado, infatti, il codice della Privacy sancisca che: *"chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano"*, precisa poi che: *"i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso"* (art. 59).

Il successivo art. 60 del codice della Privacy pone poi una importante eccezione alla disciplina prevista in generale, relativamente ai dati sensibili idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, prevedendo in tal caso che **"il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile"**.

La norma, tuttavia, non chiarisce se il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco debba essere effettuato in astratto, sulla base di una ricostruzione delle norme costituzionali e legislative, o se lo stesso possa essere risolto caso per caso, tenendo conto, oltre che degli indici normativi, di tutte le circostanze di fatto rilevanti nelle varie fattispecie.

6.3 Bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza

Le pronunce giurisprudenziali intervenute negli ultimi anni hanno cercato di contemperare gli interessi contrapposti: costruendo una scala gerarchica di diritti e interessi tra loro potenzialmente confliggenti, analizzando la situazione sostanziale e valutando, in concreto e non in astratto, le esigenze che di volta in volta si intendono salvaguardare nella fattispecie, ricercando, ove possibile, modalità pratiche in grado di conciliare, almeno in parte, le opposte esigenze.¹⁷

¹⁷ Vedi in particolare: Consiglio di Stato, sez. IV, 6 maggio 2010, n. 2639 che ha stabilito che quando il diniego di accesso ad atti amministrativi è motivato con riferimento al fatto che parte della documentazione conterrebbe dati sensibili concernente lo stato di salute di soggetti terzi, l'accessibilità ai documenti è possibile previo apposito bilanciamento degli interessi, affermando, in particolare che: *"con riferimento alla norma dell'articolo 60 del Codice in materia di protezione dei dati personali - per il quale "quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile" - la giurisprudenza ha chiarito che il bilanciamento cui essa fa riferimento deve avvenire verificando non in astratto, ma in concreto se il diritto che si intende far valere*

Le soluzioni finora offerte dal legislatore non sembrano idonee a chiarire in modo univoco il rapporto di contrapposizione tra accesso e riservatezza.

In particolare la legge n. 241 del 1990, nel testo vigente, cerca di comporre il contrasto tra le due situazioni giuridiche stabilendo che *“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’articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale”*¹⁸.

Occorre in proposito rilevare che se è vero che l’articolo 25, comma 4, prevede espressamente il parere della Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi nei casi in cui il Garante per la protezione dei dati personali debba decidere questioni che coinvolgono interessi relativi all’accesso e, viceversa, il parere del Garante nei casi in cui sia la Commissione per l’accesso ad imbattersi in questioni che coinvolgono il diritto alla riservatezza, nulla dice sui rapporti tra interessato all’accesso e controinteressato.

In particolare, il citato articolo 25, comma 4, prevede solo il caso del diniego espresso o tacito che legittima il richiedente ad azionare il ricorso giurisdizionale o amministrativo, mentre non indica come situazione legittimante a tali ricorsi quella del controinteressato, quando l’accesso sia stato concesso a scapito del diritto alla riservatezza di quest’ultimo.

A tale lacuna supplisce il D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184¹⁹, che, all’articolo 12, specifica che il ricorso alla Commissione per l’accesso può essere presentato sia da parte dell’interessato avverso il diniego espresso o tacito dell’accesso ovvero il provvedimento di differimento dell’accesso, sia dal controinteressato avverso le determinazioni che consentono l’accesso.

Il suddetto regolamento, non soltanto ha completato la tutela del diritto d’accesso, fornendo le necessarie norme procedurali atte a rendere effettiva la tutela giustiziale innanzi alla Commissione, ma ha anche, di fatto, potenziato la tutela dei controinteressati all’accesso, la cui posizione, anche se già delineata dall’articolo 22, comma 1, lettera c), della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 15 del 2005, era tuttavia rimasta sfornita di concreti strumenti d’azione. In particolare, l’articolo 12 citato tenta un bilanciamento degli interessi sostanziali, contrapposti, attraverso l’attribuzione, ad ognuno dei soggetti interessati, di specifici poteri idonei a consentire di incidere nella procedura giustiziale dinanzi la Commissione per l’accesso, al fine di tutelare la propria posizione giuridica. Infatti, è riconosciuta al controinteressato all’accesso la possibilità, al pari del titolare del diritto d’accesso, di reagire

o difendere attraverso l’accesso è di rango almeno pari a quello alla riservatezza.” Nello stesso senso, vedi anche: Consiglio di Stato, sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6440.

¹⁸ Vedi art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990.

¹⁹ “Regolamento recante disciplina in materia d’accesso ai documenti amministrativi”, pubblicato nella G.U. Serie Generale, n. 114 del 18 maggio 2006.

opponendosi alle determinazioni che consentono l'accesso ai documenti contenenti dati sensibili relativi alla propria persona.

Inoltre, lo stesso regolamento prescrive l'integrazione del contraddittorio in tutte le fasi del procedimento d'accesso, ponendo a pena di inammissibilità del gravame, in capo al ricorrente contro il diniego d'accesso, l'onere di notificare il ricorso agli eventuali controinteressati all'accesso, potenziando, conseguentemente, le possibilità di tutela dell'opposto e contrario diritto alla riservatezza.

Sostanzialmente, la previsione di cui all'articolo 12 citato è perfettamente complementare a quella dell'articolo 3 dello stesso regolamento: quest'ultima prevede la notifica al controinteressato, in caso di richiesta di accesso, consentendo la possibilità di presentare entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, *"motivata opposizione, anche per via telematica"* sicché, nello stesso tempo, crea anche i presupposti di conoscenza del procedimento che, poi, permettono al controinteressato di accedere alla tutela giustiziale davanti alla Commissione per l'accesso.

Il diritto alla riservatezza appare, tuttavia, progressivamente recedere di fronte all'interesse alla trasparenza, restando affidata all'amministrazione e al giudice la comparazione e ponderazione in concreto fra gli interessi contrapposti.

L'accesso, infatti, deve essere ammesso, anche per dati sensibilissimi, nei limiti in cui sia strettamente indispensabile in base al combinato disposto di cui agli articoli 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990 e 60 del Codice della privacy, cioè quando l'interesse sotteso alla richiesta d'accesso sia di rango almeno pari ai diritti del controinteressato, tutelati dalla privacy, ovvero consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale inviolabile.

La valutazione sull'istanza d'accesso non deve limitarsi ad un raffronto tra i diritti coinvolti, ma è necessario verificare anche che la conoscenza dei dati supersensibili sia effettivamente necessaria ai fini dell'azione o della difesa degli equivalenti diritti in sede contenziosa.

Dunque, il diritto di accesso si contrae in presenza di dati supersensibili, in quanto per accedere ai documenti non è sufficiente motivare l'istanza con l'esigenza di esercitare un diritto di difesa, ma è necessario aver riguardo al tipo di diritto da far valere in sede giudiziaria.

Inoltre, ai sensi del comma 7, dell'art. 24, della legge n. 241/1990 l'accesso è consentito nei limiti in cui è strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60 del decreto legislativo 196/2003. La giurisprudenza ha stabilito che spetta all'amministrazione effettuare una valutazione concreta su quali informazioni, tra quelle contenute nei documenti in proprio possesso, debbano essere conoscibili, nel rispetto dei principi di pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati e sul presupposto della stretta

indispensabilità dei dati ai fini dell'azione o della difesa degli interessi dell'accedente. Al riguardo il Consiglio di Stato, con decisione n. 66181 del 2006, ha ritenuto di consentire l'accesso ad una cartella clinica in ragione della necessità di promuovere validamente un'azione giudiziaria da parte del marito nei confronti della moglie, volta all'annullamento del matrimonio dinanzi al competente Tribunale ecclesiastico²⁰.

Negli altri casi, quando non si tratti di dati "super sensibili", l'art. 24 della legge n. 241/90, modificato a seguito della riforma del 2005, prevede che l'istante possa ottenere l'ostensione dei documenti contenenti dati comuni afferenti alla sfera privata dei soggetti terzi con la sola condizione che l'istanza d'accesso sia correlata ad una situazione giuridicamente tutelata dall'ordinamento."²¹

In sostanza, il legislatore ha evitato di individuare ipotesi astratte afferenti a dati sensibili e giudiziari esclusi necessariamente dall'accesso, demandando invece alle Amministrazioni e all'autorità giurisdizionale sia il compito di verificare concretamente la legittimazione dell'istante ad accedere agli atti in virtù di un interesse giuridicamente protetto connesso al documento richiesto, sia il compito di valutare se e in quali limiti l'accesso sia strettamente indispensabile alla tutela di tale interesse .

E' la stessa Amministrazione che, nel bilanciamento fra i contrapposti interessi dovrà, di volta in volta, individuare modalità di accesso tali da contemperare le esigenze del soggetto che chiede l'accesso con le ragioni dei soggetti che chiedono la riservatezza delle informazioni contenute nei documenti, al fine di individuare un punto di equilibrio che comporti la garanzia della soddisfazione del primo con il minor sacrificio del secondo.

Sull'argomento la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ha affermato il principio della prevalenza dell'esercizio del diritto di difesa rispetto alla riservatezza anche nel caso di dati sensibilissimi, stabilendo, in particolare che debba essere accolta l'istanza di accesso quando i documenti di cui si chiede di conoscere il contenuto, benché idonei a rivelare lo stato di salute di una terza persona, e protetti quindi dall'art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, siano indispensabili per la tutela del diritto alla difesa dei propri interessi giuridici, come stabilito dal combinato disposto dell'art. 24, c. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e dello stesso art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196.²²

²⁰ Cons. Stato, Sez. V, n. 6681/2006 "Il fine dello scioglimento del vincolo matrimoniale costituisce certamente una situazione giuridica di rango almeno pari alla tutela del diritto alla riservatezza dei dati sensibili relativi alla salute, in quanto involgente un significativo diritto alla personalità" In tema di prevalenza del diritto di accesso rispetto ai dati attinenti alla salute, vedi anche : Decisione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi nella seduta del 16 marzo 2010, pub. Su www.commissioneaccesso.it.

²¹ Sull'argomento vedi anche Tar. Toscana- Sezione II, n. 152 del 9 febbraio 2007; Tar. Puglia, Sez. I, 5 febbraio 2007, n. 337; Tar. Marche, Sez. I, 17 marzo 2006, n. 91 su www.giustamm.it

²² Decisione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi nella seduta del 16 marzo 2010.

Da ultimo, nel 2013, la Commissione ha avuto modo di pronunciarsi in sede consultiva affermando la prevalenza, rispetto al diritto alla riservatezza, dell'accesso, quando richiesto per l'esercizio del diritto di cronaca.

In particolare, con parere del 27 marzo 2013 la Commissione ha affermato che: *“Non vi è dubbio che l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi da parte di un giornalista possa collidere, per più di un motivo, con le esigenze del diritto alla riservatezza degli eventuali controinteressati.*

Nel tentativo di contemperare tali opposte esigenze, in mancanza di una più precisa disciplina nell'attuale configurazione normativa che regola il diritto di accesso, già nell'ormai lontano 1996 il Consiglio di Stato (cfr. sentenza VI Sez., 06.05.1996, n. 570) ebbe ad affermare che una testata giornalistica ha titolo di accedere ai documenti amministrativi per poterli successivamente pubblicare onde informare i propri lettori; ciò in quanto il diritto di accesso si presenta come strumentale rispetto alla libertà d'informazione, costituzionalmente riconosciuta agli organi di stampa, con la conseguenza che occorre riconoscere alla testata giornalistica una posizione qualificata e differenziata alla conoscenza degli atti che possano interessare i propri lettori.

Nella scia di tali affermazioni la successiva giurisprudenza (anche di questa Commissione, cfr. parere 27 febbraio 2003) ha avuto modo di precisare che dopo l'entrata in vigore della legge 31 dicembre 1996, n.675, il diritto di accesso esercitato da organi di stampa, avente ad oggetto documenti amministrativi contenenti dati personali sensibili relativi a terzi, prevale su quello alla riservatezza soltanto nel caso in cui una espressa disposizione di legge consenta al soggetto pubblico di comunicare a privati i dati oggetto della richiesta.

Successivamente, alla luce del disposto dell'art. 16, 2° comma del D.lgs. 11 maggio 1999, n.135 è stato precisato che l'accesso a documenti amministrativi contenenti dati sensibili è possibile soltanto nel caso in cui il diritto da far valere o difendere sia di rango almeno pari a quello dei soggetti a cui si riferiscono i dati stessi, nel senso che la prevalenza del diritto di accesso o del diritto alla riservatezza va effettuata caso per caso valutando, oltre che il rango dell'uno o dell'altro diritto, anche il rispettivo grado di compromissione che discenderebbe dalla soluzione adottata in concreto (Cons. Stato, VI, 30 marzo 2001, n. 1882).

La tesi della ponderazione comparativa del diritto di accesso e del diritto alla riservatezza merita senz'altro di essere condivisa, perché in realtà è idonea ad evitare soluzioni precostituite poggianti su una astratta scala gerarchica dei diritti in contesa ed a tener conto delle specifiche circostanze di fatto destinate a connotare il caso concreto (cfr. sentenza da ultimo citata).

Alla luce delle suesposte considerazioni, da una parte non può revocarsi in dubbio che gli atti, i rendiconti e la documentazione giustificativa delle spese relative al rimborso spese di rappresentanza e di segreteria costituiscano documentazione amministrativa detenuta dall'Amministrazione ai sensi della legge n. 241 del 1990; dall'altra è da escludersi che tali documenti contengano dati sensibili ai sensi della legge 31.12.1996, n.675. Tuttavia, anche nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere che la suddetta documentazione

contenga dati "semisensibili" e che quindi vada effettuata una valutazione comparativa analoga a quella prescritta dal citato art. 16,2° comma, del D.lgs. 11.05.1999, deve concludersi che il diritto di cronaca è di rango costituzionale ragion per cui l'art. 12 del D.lgs 13.05.1998, n.171 ha previsto che le disposizioni relative al consenso dell'interessato o all'autorizzazione del Garante non si applicano quando il trattamento di dati sensibili è effettuato nell'esercizio della professione di giornalista e per l'esclusivo perseguimento delle relative finalità.

Deve essere infine sottolineato che nel caso in esame la richiesta di accesso, per come è stata formulata, non risulta affatto generica e che comunque l'accesso deve essere consentito in maniera integrale e non solo mediante presa visione." (Parere reso nella seduta del 27 marzo 2013)

7 Le funzioni giustiziali della Commissione per l'accesso

La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi è stata istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel 1991 a seguito dell'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo. La formulazione originaria dell'articolo 27 della legge n. 241/90, istitutivo della Commissione, deriva dalle disposizioni contenute nello schema di disegno di legge sul diritto di accesso elaborato dalla sottocommissione Nigro a metà degli anni Ottanta, per la revisione dei procedimenti amministrativi e il miglioramento dei rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione.

A circa ventiquattro anni dalla sua istituzione, la Commissione risulta oggi ampiamente trasformata nell'ambito di una generale riforma della legge sul procedimento amministrativo, a seguito, soprattutto, dell'entrata in vigore della legge 15 febbraio 2005, n. 15 e del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184. Quest'ultimo, in particolare, ha completato a livello regolamentare la riforma introdotta dalla legge n. 15/2005, disciplinando nel dettaglio i profili funzionali della Commissione.

Attualmente, tale organo è titolare di due importanti funzioni: quella consultiva e di vigilanza e quella giustiziale.

La *funzione giustiziale* è disciplinata dall'art. 25, comma 4, così come modificato dalla legge n.15 del 2005, che prevede, in particolare, che in caso di diniego ovvero di differimento dell'accesso opposto da amministrazioni statali, centrali o periferiche, il richiedente possa presentare, in alternativa alla presentazione del ricorso giudiziale, ricorso alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.

Il ricorso deve essere presentato alla Commissione, a pena di irricevibilità (ex art. 12, comma 7, lett. a), d.P.R. n. 184/2006), nel termine di trenta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento di diniego o di differimento, ovvero dalla formazione del silenzio rigetto sulla richiesta di accesso (art. 12, comma 2, d.P.R. n. 184/2006), mediante invio di una raccomandata con avviso di ricevimento, nonché per fax o per via telematica in conformità con la normativa vigente (art. 12, comma 1).

Il procedimento è alquanto veloce e richiede un formalismo minimo. La decisione della Commissione è comunicata alle parti e al soggetto che ha adottato il provvedimento impugnato nel termine di trenta giorni - decorsi i quali si forma il silenzio-rigetto.

Confermando quanto già previsto dal testo originario della legge n. 241/90, la riforma del 2005 ha mantenuto il fondamentale compito della Commissione di vigilare "affinché sia attuato il principio di piena conoscibilità dell'attività della Pubblica Amministrazione" (art. 27, comma 5, legge n. 241/90).

Tale attività si estrinseca in una *funzione consultiva* consistente nel formulare pareri sia sugli atti che le singole amministrazioni adottano ai sensi dell'art. 24, comma 2, della legge n. 241/90, relativi alla determinazione dei documenti sottratti all'accesso, sia su quelli attinenti all'esercizio e all'organizzazione del diritto di accesso. Questa attività si pone a metà strada tra il ruolo consultivo e quello propositivo ed è finalizzata al coordinamento dell'attività organizzativa delle amministrazioni in materia di accesso e ad uniformare l'applicazione dei relativi principi. La Commissione esercita, altresì, la propria funzione consultiva anche sulle richieste di parere formulate da cittadini o da associazioni e società private, nonché da altre amministrazioni.

La Commissione svolge anche una importante *funzione propositiva* nei confronti del Governo, cui può evidenziare la necessità di modifiche dei testi legislativi e regolamentari che siano utili a realizzare la più ampia garanzia del diritto di accesso, secondo quanto previsto dall'art. 27, comma 5.

Nell'ambito dei compiti di vigilanza rientra anche la *funzione di intervento* presso i soggetti di diritto pubblico ed i soggetti di diritto privato, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, cui sono rivolte istanze di accesso.

A seguito delle innovazioni introdotte con la legge n. 15 del 2005, in dottrina e in giurisprudenza sono state avanzate ipotesi, sulla natura del ricorso amministrativo alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. Le funzioni disciplinate dall'articolo 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990 si riflettono, altresì, sulla natura giuridica da riconoscere alla Commissione per l'accesso.

L'orientamento giurisprudenziale maggiormente consolidato ritiene che il ricorso alla Commissione per l'accesso, introdotto dall'articolo 25, legge n. 241/90, sia qualificabile quale **ricorso gerarchico improprio**, in quanto presentato presso un organo amministrativo non originariamente competente, né legato a quello competente da una relazione organica di sovraordinazione.

In proposito si ricorda la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938, intervenuta poco prima del varo della riforma del 2005, 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. 241/90 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)”.²³

Sempre il Consiglio di Stato nella medesima sentenza ebbe modo di osservare: *“avverso tale conclusione non sussistono, del resto, neppure motivi di carattere più generale, dal momento che ritenere ammissibile anche un rimedio di tipo amministrativo favorisce l'esercizio effettivo del diritto d'accesso del cittadino nei confronti dell'amministrazione, tenuto anche presente il non trascurabile costo di un eventuale ricorso giurisdizionale, mentre l'indirizzo opposto favorisce quella situazione di “silenzio ostilmente preordinato” a favorire l'opacità dell'azione amministrativa, che la giurisprudenza di questo Consiglio ha da tempo stigmatizzato. Di conseguenza, attesa la dichiarata finalità di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale, la scelta interpretativa non può che essere nel senso dell'ammissibilità, tenuto anche conto della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, secondo cui l'autorità adita dovrebbe assicurare tutte le utilità di sua competenza senza che si debba ricorrere ad una sede superiore”.*

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.²⁴

Circa la natura giuridica dell'organo, si riscontra una parziale discrasia fra le funzioni attribuite alla Commissione per l'accesso e la sua veste formale.

La Commissione è, infatti, nominata dal Presidente del Consiglio dei Ministri ed è incardinata nella struttura burocratica della Presidenza. Tuttavia il fatto che l'orientamento della giurisprudenza sia concorde nel ritenere che il ricorso abbia natura di ricorso gerarchico improprio, non può che riflettersi sulla natura giuridica da riconoscere alla Commissione.

²³ L'Atto del Senato n. 1281, al quale fa riferimento la sentenza, divenuto poi la legge n. 15 del 2005, definisce esso stesso il ricorso alla Commissione quale *ricorso gerarchico improprio*, e, la relativa procedura, di carattere *giustiziale*. Infatti, come si legge nel testo dell'Atto, *“Gli inconvenienti e le lacune riscontrate nella sua attività e segnalate ripetutamente nelle relazioni annuali presentate al Parlamento nell'esercizio delle competenze di referto, attribuite dall'articolo 27 della legge, hanno indotto a formulare alcune proposte di modifica, in particolare, mediante la previsione di un ricorso gerarchico improprio nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato; con ciò affiancandosi, ed anzi illustrandone meglio il contenuto, alla procedura giustiziale già prevista dinanzi al difensore civico”.*

²⁴ Il T.A.R. Lazio, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 3675, in particolare, ha osservato 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”.*

Ha aggiunto, inoltre che: *“verificata la rituale introduzione del rimedio da parte del giudice anche dell'originario provvedimento impeditivo dell'accesso - se, beninteso, la relativa domanda faccia parte del petitum - ciò potendosi desumere: a) dal tenore dei ridetti commi 4 e 5 dell'art. 25, dai quali risulta che l'azione giurisdizionale ha ad oggetto le “determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso” ancorché sia stata previamente adita la Commissione; b) in via sistematica, dalle finalità di semplificazione e di favor perseguite dalla normativa in esame, dovendosi altresì tener conto della circostanza che l'accesso ai documenti amministrativi attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.”*