

Formazione IFEL *per i Comuni*



L'accesso: modalità e limiti.
Distinzione tra l. n. 241 del
1990 e accesso civico,
anche generalizzato

Avv. Daniela Bolognino
14 maggio 2018



Indice

Parte I – L'accesso: caratteri e limiti nella l. n. 241 del 1990

Parte II – l'accesso civico, anche generalizzato. Caratteri e limiti nel d.lgs. n. 33 del 2013 e come modificato con il d.lgs. n. 97 del 2016.

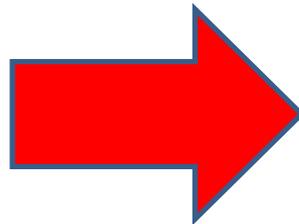
Panorama legislativo antecedente alla l. n. 241/90:

- Mancava una norma che attribuisse dignità di regola al diritto di accesso ai documenti amministrativi da parte degli interessati; erano presenti ipotesi sporadiche che consentivano l'accesso, in particolare:
 - art. 31 della legge urbanistica del 1942 (mod. dalla legge ponte n. 365/67);
 - art. 25, legge n. 816/85 (diritto dei cittadini di prendere visione atti di comuni etc...);
 - art. 14, legge n.349/86- diritto d'accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente.

Avv. D. Bolognino

Intervento della l. n. 241/90

La regola della riservatezza e della segretezza dell'istruttoria diviene l'**eccezione**



Il diritto d'accesso e la partecipazione divengono la "**regola generale**" e contribuiscono a rendere trasparente l'azione amministrativa

L'accesso ai documenti amministrativi

ART. 22 definisce:



ART. 22, l. n. 241/90 (post l. n. 15/05), comma 1, lett. a)

Diritto d'accesso

il diritto degli interessati di:
- prendere visione
- estrarre copia
di documenti amministrativi;

A favore della tesi dell'interesse legittimo militavano:

- a.) nel momento dell'accesso la P.A. effettua una **valutazione dell'interesse pubblico**, tipica dell'esercizio del **potere discrezionale**, a fronte del quale il privato può vantare solo un interesse legittimo;
- b.) la previsione di un **termine di decadenza** per l'impugnazione della determinazione sull'accesso è inconciliabile con una posizione di diritto soggettivo;
- c.) il titolare del diritto di accesso deve motivare la sua richiesta;
- d.) le controversie in materia di diritto di accesso erano devolute al giudice amministrativo, senza precisare il carattere esclusivo di tale giurisdizione.

Avv. D. Bolognino

A favore della tesi del diritto soggettivo militavano

a.) in sede di esame dell'istanza di accesso, la P.A. non dispone di poteri discrezionali, ma pone in essere un'attività vincolata, volta a verificare la sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi all'accesso;

b.) la previsione del termine decadenziale di cui all'art. 25 l. 241/90 non rileva ai fini della qualificazione della posizione del soggetto in termini di interesse legittimo, trovando la sua ratio giustificatrice in esigenze di certezza nell'ottica dell'interesse pubblico;

c.) il carattere esclusivo della giurisdizione deve desumersi dalla natura sostanziale della posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio e non da un'esplicita previsione legislativa che attesti espressamente che la materia rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Avv. D. Bolognino

Le innovazioni legislative del 2005(l. 15/2005 e dal d.l. 35/2005 (convertito in l. 80/2005) corroborano la tesi che intravede nel diritto d'accesso un vero e proprio **diritto soggettivo**:

1) Le controversie relative all'accesso dei documenti amministrativi sono attribuite alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** (art. 25, comma 5, ultimo inciso, *post* l. n. 15/05)

Art. 22, comma 2, l. n. 241/90, (post l. n. 15/05) -2

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, attiene 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, secondo comma, lettera m), della Costituzione.

Resta ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela.

Art. 22, comma 2, l. n. 241/90, così sostituito dall'art. 10, comma 1, lett. a), L. 18 giugno 2009, n. 69.

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**

ART. 22, l. n. 241/90 (post l. n. 15/05), comma 1, lett. b)

INTERESSATI

tutti i soggetti privati, compresi
quelli portatori di interessi pubblici o diffusi,
che abbiano un interesse
diretto, concreto e attuale,
corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;

Avv. D. Bolognino

ART. 22, l. n. 241/90 (post l. n. 15/05), comma 1, lett. c)

Controinteressati

tutti i soggetti,

individuati o facilmente individuabili

in base alla natura del

documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza;

Ratione temporis: si veda Consiglio di Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16;

Art. 22, comma 2, l. n. 241/90 (*ante* l. n. 15/05)

Documento
amministrativo

ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del **contenuto di atti, anche interni**, formati dalle pubbliche amministrazioni o, **comunque**, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa.

ART. 22, l. n. 241/90 (post l. n. 15/05), comma 1, lett. d)

**Documento
amministrativo**
o

ogni rappresentazione grafica,
fotocinematografica,
elettromagnetica o di qualunque altra specie del
contenuto di atti, anche interni o non relativi ad
uno

specifico procedimento, detenuti da una pubblica
amministrazione e concernenti attività di pubblico
interesse, **indipendentemente dalla natura**

**pubblicistica o privatistica della loro disciplina
sostanziale**

Sostanziale.

Avv. D. Bolognino

ART. 22, l. n. 241/90 (post l. n. 15/05), comma 1, lett. e)

**Pubblica
amministrazione**

tutti i soggetti di
diritto pubblico e i soggetti
di diritto privato
limitatamente alla loro
attività di pubblico interesse
disciplinata dal
diritto nazionale o comunitario.

Art. 22, comma 3, l. n. 241/90 (*post* l. n. 15/05)

**Tutti i documenti amministrativi
sono accessibili,
ad eccezione di quelli
indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.**

Art. 22, comma 4, l. n. 241/90 (post l. n. 15/05)

Non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono.



Da ricordare nuovo regolamento privacy che entrerà in vigore il 25 maggio 2018

Avv. D. Bolognino

Art. 22, comma 5, l. n. 241/90 (*post* l. n. 15/05)

L'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, **ove non rientrante nella previsione dell'articolo 43, comma 2**, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al **decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445**, **si informa al principio di leale cooperazione istituzionale.**

Sul punto si vedano: Pareri della Commissione per l'accesso - <http://www.commissioneaccesso.it>

Avv. D. Bolognino

Art. 22, comma 6, l. n. 241/90 (*post* l. n. 15/05)

Il diritto d'accesso è esercitabile

fino a quando la
pubblica amministrazione ha
l'obbligo di detenere i
documenti amministrativi ai
quali si chiede di accedere.

Art. 23, l. n. 241/90 (post l. n. 15/05)

- delle pubbliche amministrazioni,
- delle aziende autonome e speciali,
- degli enti pubblici
- dei gestori di pubblici servizi.

Il diritto
d'accesso di cui
all'art. 22 **si**
esercita nei
confronti:

Il diritto di accesso nei confronti delle
Autorità di garanzia e di vigilanza si
esercita nell'ambito dei rispettivi
ordinamenti, secondo quanto previsto
dall'articolo 24 .

Avv. D. Bolognino

Rinvio a slides
successive

Esclusione dal
diritto d'accesso

Ipotesi legislativamente individuate ex
art. 24, comma 1, l. n. 241/90 (*post* l. n.
15/05)

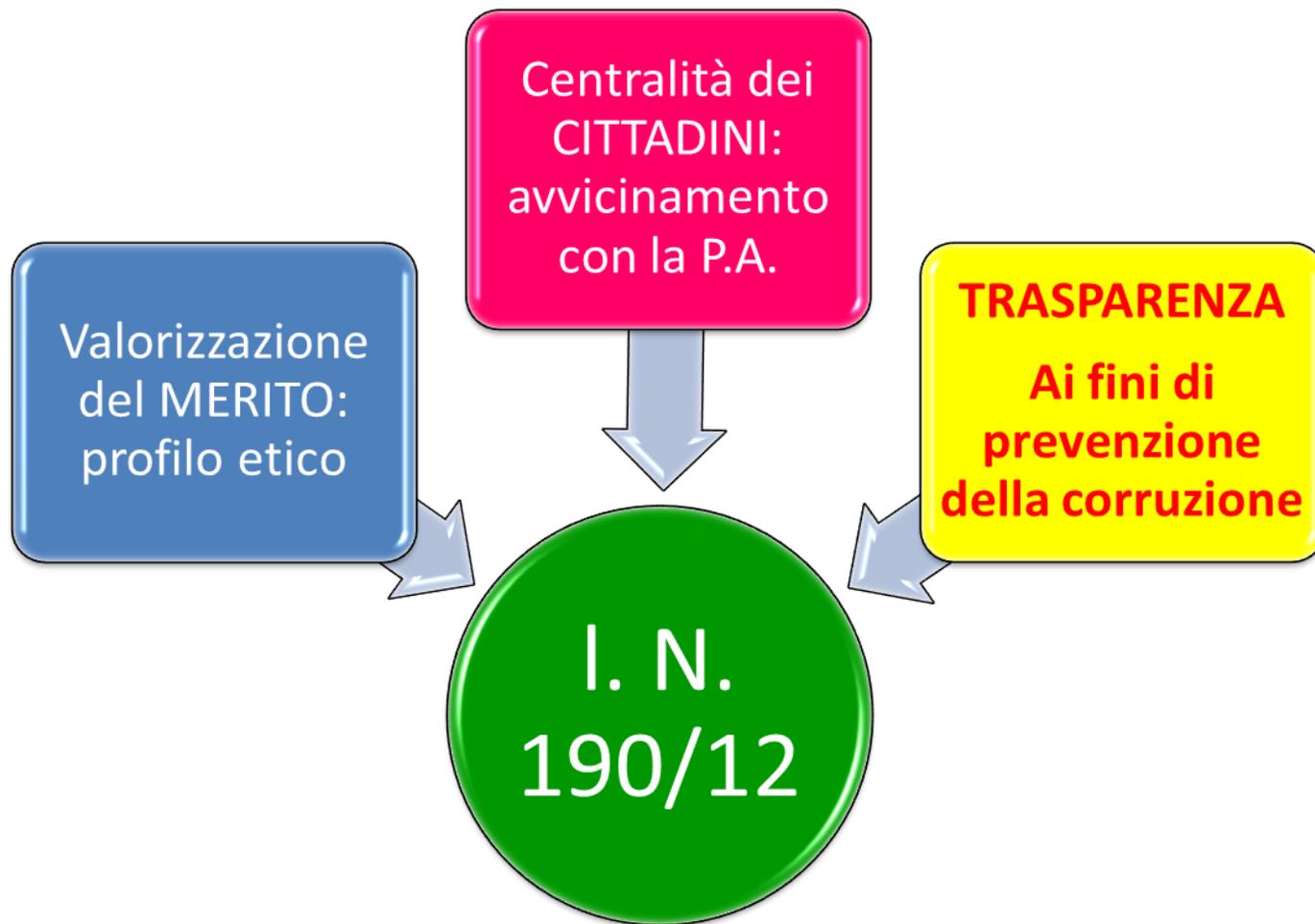
Ipotesi in cui è possibile escludere l'accesso con
regolamento ex art. 24, comma 6, l. n. 241/90
(*post* l. n. 15/05).

Art. 24, comma 3, l. n. 241/90 (post l. n. 15/05)

**Non sono ammissibili istanze di
accesso
preordinate ad un controllo
generalizzato
dell'operato delle pubbliche
amministrazioni.**

Si vede ratione temporis:

Consiglio di Stato, 29 aprile 2002, n. 2283



Principio generale di trasparenza

Originario Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 33/13:

La trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

post d.lgs. n. 97/16. - Art. 1, comma 1:

La trasparenza è intesa come accessibilità totale **dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche**

originario - Art. 2, comma 1,
d.lgs. n. 33/13:

Le disposizioni del presente decreto individuano gli **obblighi di trasparenza concernenti l'organizzazione** e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la sua realizzazione.

post d.lgs. n. 97/16. Art. 2, comma 1:

le disposizioni del presente decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati ed ai documenti **detenuti** dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all'art. 2 bis, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle P.A. e le modalità per la loro realizzazione.

Art. 3 *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*

Originario Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 33/13:

Tutti i documenti, le informazioni e i dati **oggetto di pubblicazione obbligatoria** ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'*art. 7*.

Post. d.lgs. n. 97/16 - Art. 3, comma 1:

Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'*art. 7*.

Accesso civico

Originale art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33/13:

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

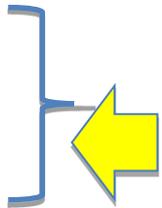
Art.5, post d.lgs. n. 97/16
Comma 1: identico

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

Accesso civico – art. 5, d.lgs. n. 33/13

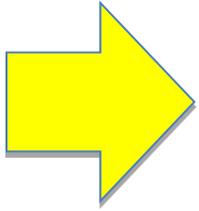
Comma 1: L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.

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





Art. 5, co. 2,
d.lgs. n. 33/13



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

Ratio

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

d.lgs. Art. 5, comma 3 – post. D.lgs. n. 97/13:

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

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

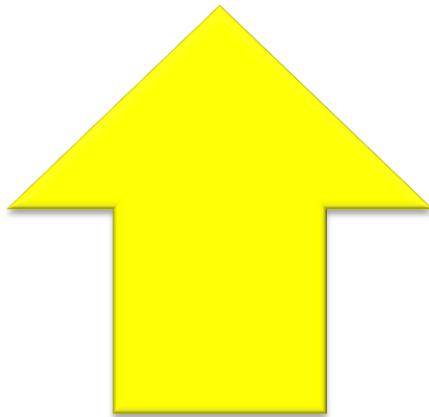
L'istanza di accesso civico:

-identifica i dati, e informazioni o i documenti richiesti;

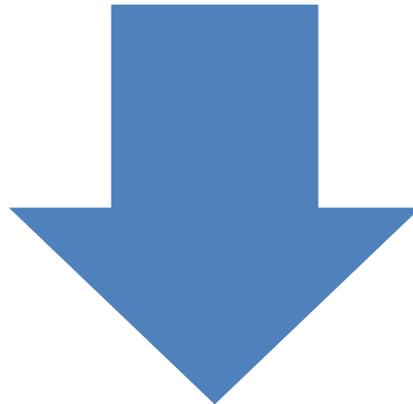
- non richiede motivazione.

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

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

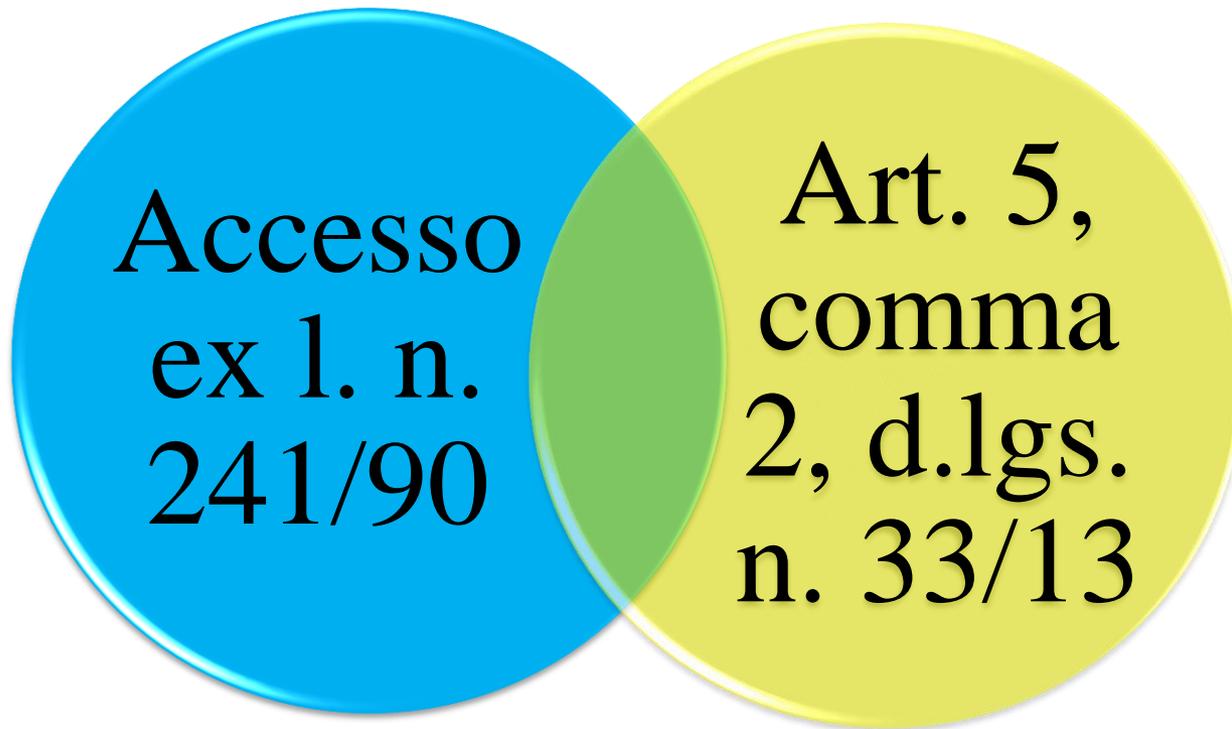


Trasparenza (regola)
*“tutela preferenziale
dell’interesse a
conoscere”*

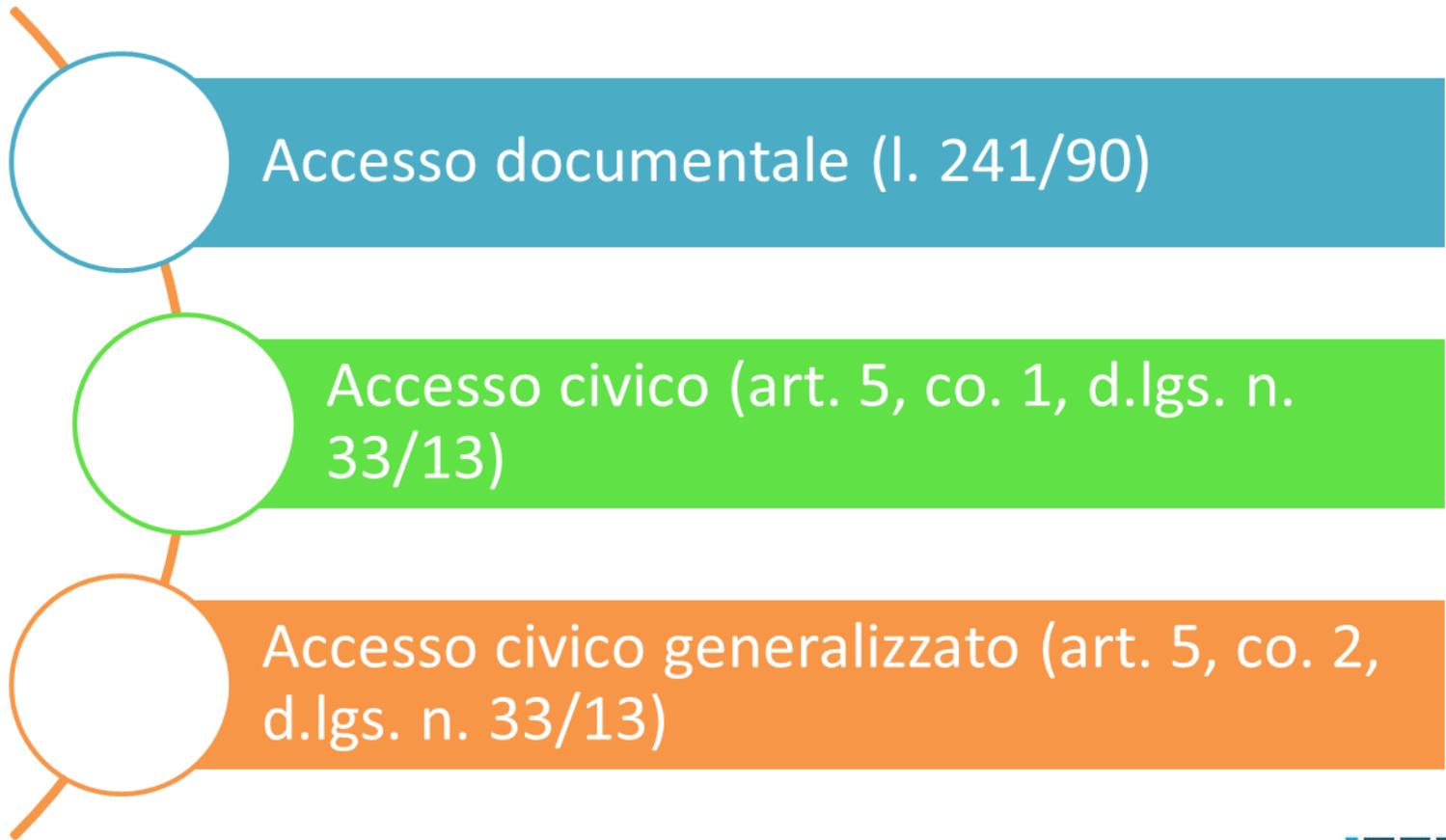


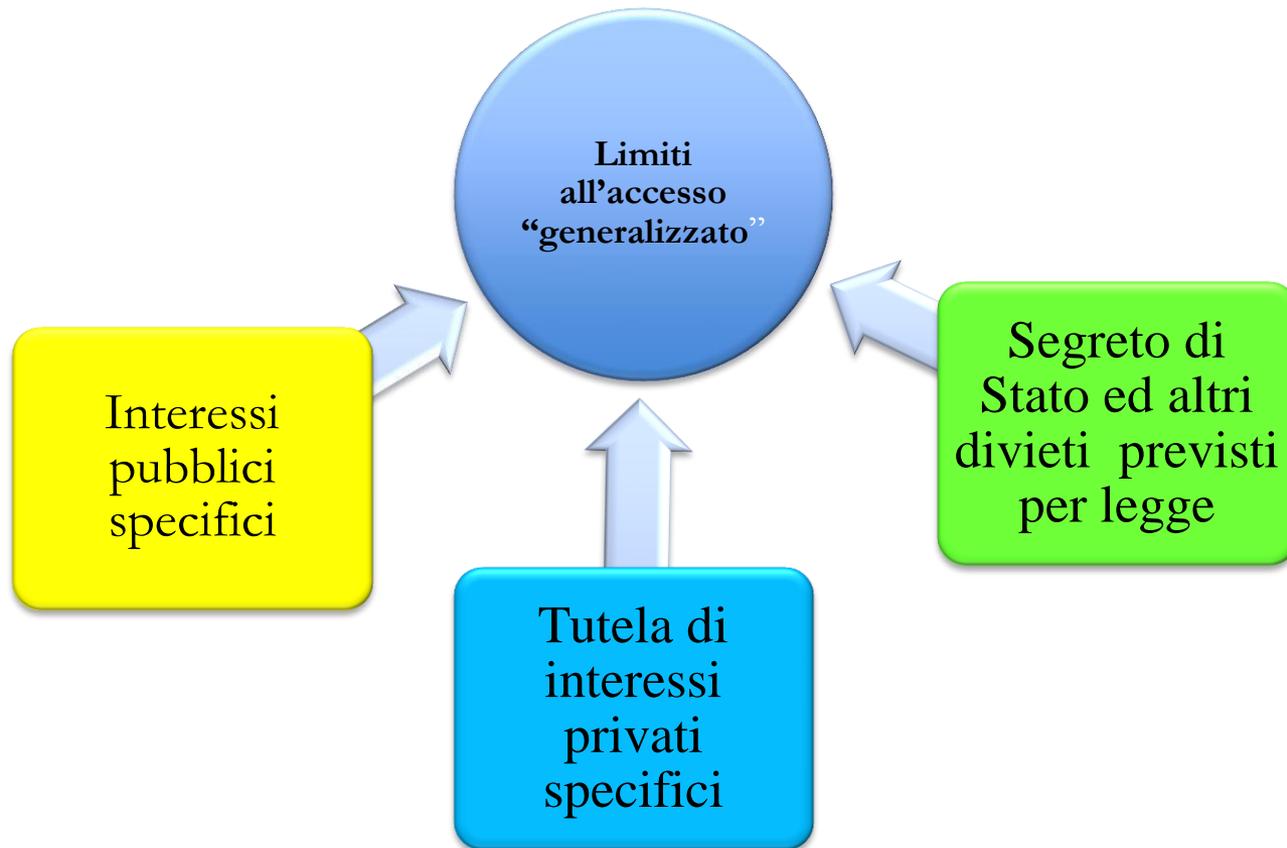
Segreto (eccezione)

Sul piano applicativoattenzione alle aree
di sovrapposizione



Linee guida ANAC e circolare DFP n. 2 del 2017





Limiti all'accesso civico

Art. 4, d.lgs. n. 33/13
- abrogato

2. Dopo l'articolo 5 sono inseriti i seguenti: “Art. 5-bis (*Esclusioni e limiti all'accesso civico*) -
1. L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:
 - a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;
 - b) la sicurezza nazionale;
 - c) la difesa e le questioni militari;
 - d) le relazioni internazionali;
 - e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;
 - f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
 - g) il regolare svolgimento di attività ispettive.
 2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:
 - a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
 - b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
 - c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.
 3. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990.
 4. Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti.
 5. I limiti di cui ai commi 1 e 2 si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato. L'accesso civico non può essere negato ove, per la tutela degli interessi di cui ai commi 1 e 2, sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento.

6. Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorità Nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza Unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative.

Eccezioni assolute

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

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

**P.A. deve negare
l'accesso**

Eccezioni relative

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

- Possa derivare:
- a) Pregiudizio concreto ad interessi pubblici;
- b) Pregiudizio concreto ad interessi privati

**P.A. deve
Verificare
cosa fare
attraverso il
“bilanciament
o” degli
interessi in
gioco**

Limiti art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990.

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

1. Il diritto di accesso è escluso:
 - a) **per i documenti coperti da segreto di Stato**, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo;
 - b) **nei procedimenti tributari**, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;
 - c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta **all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione**, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione;
 - d) **nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi.**

Art. 24, comma 6, l. n. 241 del 1990:

6. Con regolamento, adottato ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. n. 400/88 il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi:

Eccezioni relative

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

- a) quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate art. 12, l. n. 801 del 1977, 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.

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

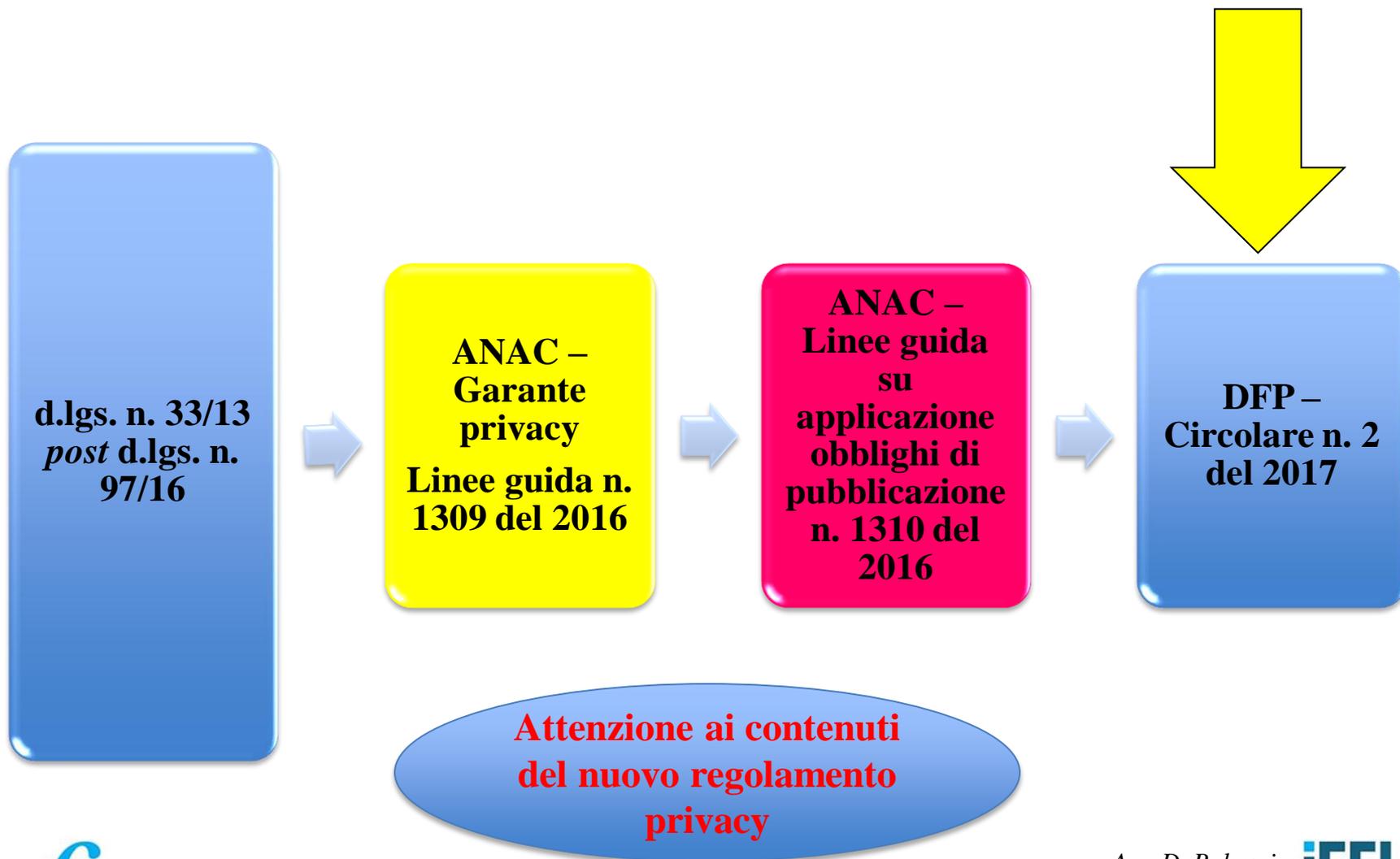
Art. 24,
comma 1,
l. n.
241/90

**Eccezioni
relative**

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

Art. 24,
comma 6, l.
n. 241/90

Sul Piano operativo



Sul piano soggettivo

- “non ammette restrizioni alla legittimazione del richiedente”
- (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 33/13)

Sul piano oggettivo

- “è tendenzialmente onnicomprensivo, fatti salvi i limiti indicati dall’art.
- 5-bis, c. 1-3, d.lgs. n. 33/13”

**Criteria applicativi
di carattere
generale**

***principio della tutela preferenziale dell'interesse
conoscitivo***

*in assenza di specificazioni sulla domanda
l'amministrazione deve trattarlo come accesso
generalizzato*

***criterio del minor aggravio possibile nell'esercizio
del diritto***

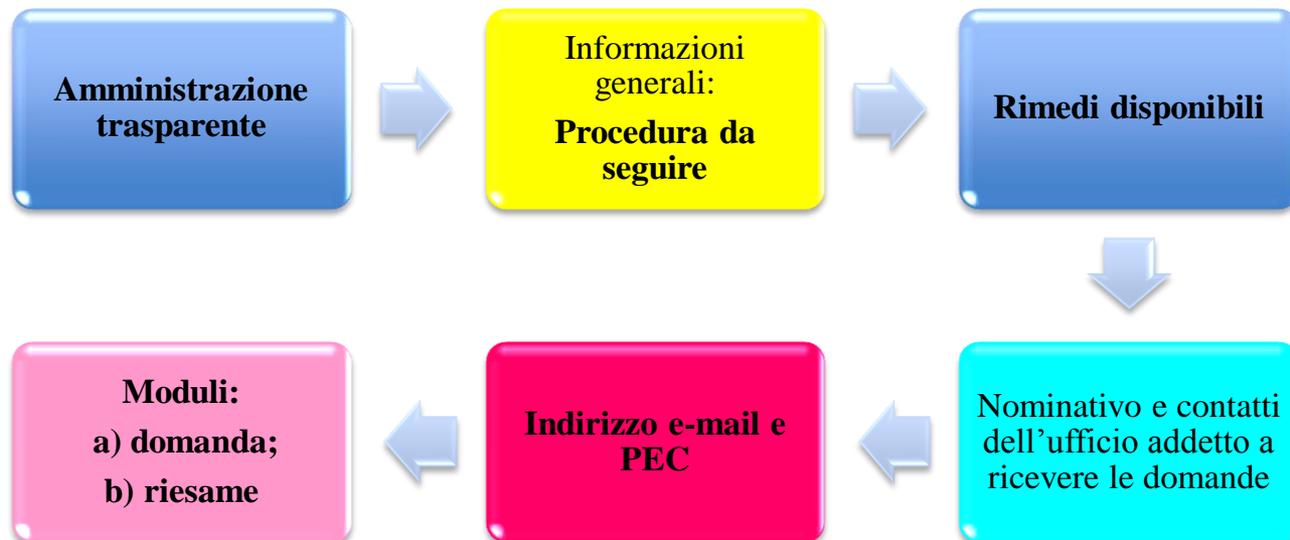
*Impossibilità di dichiarare inammissibile la domanda
per motivi formali o procedurali*

limiti all'adozione di regolamenti interni

I regolamenti possono disciplinare solo gli aspetti
procedurali ed organizzativi interni (i profili di
rilevanza esterna sono coperti da riserva di legge)

Circolare DFP – n. 2 del 2017

Modalità di presentazione della richiesta



Formazione IFEL *per i Comuni*



Grazie per l'attenzione

Avv. Daniela Bolognino

I materiali didattici saranno disponibili su
www.fondazioneifel.it/formazione



Twitter



Facebook



YouTube

