

FOIA: A CHE PUNTO SIAMO?

V Giornata nazionale di incontro con i Responsabili
della prevenzione della corruzione e della
trasparenza – ROMA 9 Maggio 2019

Perché una analisi a partire dalla giurisprudenza?

- L'infrastruttura del Foia italiano
 - L'assenza di una funzione di *enforcement* amministrativo centralizzato
 - Il ruolo delle Linee guida
 - La compresenza (giustapposizione?) di diversi istituti di accesso
- Tempi e modi di chiarimento e consolidamento dell'istituto
 - La prassi amministrativa «sperimenta»
 - La giurisprudenza «seleziona» e formula opzioni interpretative
 - Tempi e modi (doppio grado di giurisdizione)

Diritto di libertà
o funzione?

Il Foia si applica anche al settore
dei contratti pubblici ?

Come motivare il diniego?

Quale istituto di accesso
si applica?

**Diritto di libertà
o funzione?**

Il Foia si applica anche al settore
dei contratti pubblici ?

Come motivare il diniego?

Quale istituto di accesso
si applica?

L'ambiguità del testo (e del contesto) normativo:

■ La delega:

«fermi restando gli obblighi di pubblicazione, **riconoscimento della libertà di informazione** attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, **di chiunque**, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni»

■ Il d.lgs. 97/2016

«Le disposizioni del presente decreto disciplinano **la libertà di accesso** di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni»

«**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 e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis»

Diritto di libertà
o funzione?

La legittimazione funzionale

TAR LAZIO, SEZ. III-BIS, 24 NOVEMBRE 2017, N. 11628.

«Emerge immediatamente, dalla lettura della norma, che:

l'accesso ai “ dati e documenti” può riguardare esclusivamente dati e documenti “detenuti” dall'amministrazione;

che l'accesso ha la finalità 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” **sicché sono oggetto di accesso generalizzato esclusivamente documenti attinenti a tali finalità»**

Diritto di libertà
o funzione?

La legittimazione funzionale

TAR ABRUZZO, PESCARA, SEZ. I, 22 NOVEMBRE 2018, N. 347

«A ben vedere, l'interesse tutelato nella fattispecie di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 **presuppone come implicita la rispondenza della richiesta stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica** e che non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto»

Diritto di libertà
o funzione?

La legittimazione funzionale

TAR LOMBARDIA, BRESCIA, SEZ. II, 6 MARZO 2019, N. 2019.

«Ne discende una prima evidente considerazione, ossia che, sebbene la disposizione così introdotta dal secondo comma dell'art. 5, non richieda particolari legittimazioni, potendo essere attivata da “chiunque” e anche in assenza di una espressa motivazione, allo stesso tempo **la richiesta avanzata dal cittadino deve comunque essere riconducibile al soddisfacimento di un interesse che abbia una valenza pubblica** e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, si traduca in una elusione delle diverse finalità e dei limiti dettati dall'accesso documentale ex L. 241/90»

Diritto di libertà
o funzione?

La legittimazione funzionale

TAR LOMBARDIA, BRESCIA, SEZ. II, 6 MARZO 2019, N. 2019.

(segue)

«Va al riguardo ribadito che l'accesso civico generalizzato – il quale comunque non può prescindere dal rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5 bis - ha la finalità 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" **sicché sono oggetto di tale tipologia di accesso esclusivamente documenti attinenti a tali finalità»**

Diritto di libertà
o funzione?

Un diritto di libertà

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II-BIS, 19 GIUGNO 2018, N. 6875

«Devono parimenti rigettarsi le preliminari eccezioni di inammissibilità derivanti dalla carenza nel caso concreto dei presupposti di applicazione del d.lgs. n. 33/2013 per essere la ricorrente mossa da un **interesse egoistico** nonché per essere i documenti richiesti non documenti amministrativi, bensì documenti della controinteressata e pertanto a formazione privata;

Il dato normativo di cui al 3° comma della normativa in esame **non esclude che l'interesse generale ad un controllo diffuso dell'attività amministrativa possa coincidere con un interesse egoistico**, prescrivendo testualmente che “l'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente”; **escludere che il privato, portatore di un autonomo ed ulteriore interesse rispetto alla dichiarata finalità della disposizione, non confliggente con la stessa, possa agire al fine di ottenere l'ostensione di un documento detenuto dalla pubblica amministrazione significherebbe violare l'applicazione della norma, introducendo limitazioni non consentite dalla legge»**

Diritto di libertà
o funzione?

Un diritto di libertà

TAR BOLZANO, SEZ. AUTONOMA, 9 GENNAIO 2019, N. 06.

«E' opportuno premettere che con la riforma avviata con il D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e completata con le modifiche apportate a detto decreto dal D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, il legislatore ha riconosciuto **la libertà di accedere alle informazioni** in possesso delle pubbliche amministrazioni come diritto fondamentale, in conformità all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), promuovendo un dibattito pubblico informato e un controllo diffuso sull'azione amministrativa (cfr. art. 5, comma 2, del D. Lgs. n. 33 del 2013 e s.m.).

Questo nuovo istituto (c.d. "accesso generalizzato"), dal punto di vista soggettivo, non ammette restrizioni alla legittimazione del richiedente (cfr. art. 5, comma 3, del D. Lgs. n. 33 del 2013), mentre dal punto di vista oggettivo è tendenzialmente onnicomprensivo, fatti salvi i limiti indicati nell'art. 5-bis, commi 1, 2 e 3 del D. Lgs. n. 33 del 2013. Dunque la regola generale è ora la trasparenza (total disclosure), mentre la riservatezza e il segreto costituiscono le eccezioni. **L'esclusione del diritto di informazione o una sua limitazione è ammissibile pertanto solo in casi determinati, individuati con legge o regolamento»**

Diritto di libertà
o funzione?

Un diritto di libertà

TAR EMILIA-ROMAGNA, PARMA, SEZ. I, 28 NOVEMBRE 2018, N. 325.

Si tratta cioè di stabilire se l'amministrazione, oltre ad opporre la sussistenza degli interessi "esterni" giuridicamente rilevanti previsti dall'articolo 5-bis di tale decreto legislativo, possa respingere la domanda di accesso generalizzato anche sul presupposto della non coincidenza tra l'interesse che sorregge l'istanza e l'interesse che deve sorreggere normativamente l'istanza di accesso civico generalizzato.

E poiché la domanda di accesso in questione è naturalmente – per la sua stessa essenza – sottratta dall'obbligo di una motivazione specifica, la **non coincidenza** tra interesse soggettivo e interesse normativamente richiesto **potrebbe essere desunta, sempre secondo l'amministrazione, da un esame della natura dei dati richiesti.** *(segue)*

Diritto di libertà
o funzione?

Un diritto di libertà

TAR EMILIA-ROMAGNA, PARMA, SEZ. I, 28 NOVEMBRE 2018, N. 325.

(segue)

La tesi esposta dall'Università convenuta si espone immediatamente a due obiezioni, una di carattere formale e una di carattere sostanziale.

Sotto il primo profilo (obiezione formale), **le finalità dell'accesso civico generalizzato** (“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”) **non sono quelle che devono sorreggere l'interesse del cittadino, ma quelle in base alle quali il cittadino può avere un accesso potenzialmente illimitato dei documenti amministrativi.**

Da questo punto di vista, il disposto letterale dell'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33 del 2013 è chiaro nel separare i due piani, in quanto lo scopo di favorire le forme di controllo non è altro che la ragione per cui il legislatore conferisce un diritto così ampio a tutti i cittadini. Si tratta di una tecnica legislativa, tipica dell'ordinamento sovranazionale, secondo cui **la motivazione delle disposizioni contenute negli atti aventi valore di legge** sono formalmente inserite nello stesso corpo normativo di riferimento.

Diritto di libertà
o funzione?

TAR EMILIA-ROMAGNA, PARMA, SEZ. I, 28 NOVEMBRE 2018, N. 325.

(segue)

Sotto il secondo profilo (obiezione sostanziale), la rivoluzione copernicana introdotta dall'istituto del diritto di accesso generalizzato consiste proprio nell'**eliminazione dei limiti di natura soggettiva** (afferenti al controllo dell'interesse sottostante di cui è portatore il richiedente) propri del diritto di accesso ordinario o procedimentale disciplinato dalla L. n. 241/1990.

Reintrodurre tramite interpretazione non sorretta dal dato normativo **un limite costituito dal controllo della finalità esercitata dal cittadino** implica, da un lato, **la creazione di un'importante barriera di natura soggettiva all'esercizio del diritto stesso** (in aperto contrasto con la voluntas legis, secondo cui la regola è la conoscibilità dei documenti pubblici), dall'altro, la rimessione della valutazione di tale finalità all'esercizio di un'ampia discrezionalità da parte della stessa amministrazione procedente, in ragione della natura apertissima della formula di controllo operata, con sostanziale vanificazione del diritto accordato dal legislatore.

Né è possibile sostenere seriamente che le finalità indicate dall'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33 del 2013 debbano trovare diretta declinazione nella tipologia di documenti richiesti, innanzitutto perché è arduo individuare un atto pubblico che, in un regime di trasparenza e democraticità delle istituzioni, debba restare interno e non conoscibile - al di fuori dei limiti di tutela riconosciuti agli interessi pubblici e privati "sensibili" -; d'altra parte, nelle stesse finalità valorizzate dall'amministrazione, per definire una linea ideale di separazione tra accesso garantito e accesso di "curiosità", vi è anche la generica promozione della "partecipazione al dibattito pubblico", concetto in cui è possibile far rientrare, in senso lato, l'ostensibilità di qualsiasi documento amministrativo.

(per ora) il Consiglio di Stato non scioglie il nodo

- CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 6 MARZO 2019, N. 1546

- ❑ una sentenza molto significativa (per molti versi), ma anche molto ambigua, poiché non scioglie questo nodo, **ma semmai lo conferma**:
- ❑ per un verso, chiarisce che i **limiti** di cui all'art. 5-bis **sono TASSATIVI**, e sono pertanto gli unici a poter essere opposti per negare l'accesso
- ❑ tuttavia, dichiara anche di doversi occupare di **ulteriori questioni relative alla legittimazione/ ammissibilità della domanda**, così implicitamente ammettendo l'esistenza e l'operatività di limiti ulteriori, connessi in particolare a:
 - carattere emulativo della domanda, ed in particolare se appare sproporzionata rispetto alle finalità dichiarate, o se comporta comunque oneri insostenibili per l'Amministrazione.
 - legittimazione del richiedente. Qui viene in gioco l'analisi degli interessi che un soggetto collettivo rappresenta (Coldiretti), e la rispondenza tra questi interessi e l'oggetto della richiesta. Tuttavia, non è ben chiaro se tali interessi (del soggetto collettivo) vengono in considerazione e quindi legittimano la richiesta in quanto interessi dell'associazione (e quindi interessi "privati" o "egoistici"), oppure perché la soddisfazione di tali interessi integra la tutela del consumatore, e quindi come tale sarebbe interesse di carattere "generale", in quanto coperto e promosso dal codice del consumo (richiamato in sentenza)

Diritto di libertà
o funzione?

Diritto di libertà
o funzione?

Il Foia si applica anche al settore
dei contratti pubblici ?

Come motivare il diniego?

**Quale istituto di accesso
si applica?**

Mantenere **distinti** l'accesso Foia e l'accesso ex 241/90

TAR SARDEGNA, SEZ. I, 4 GENNAIO 2019, N. 6. RAPPORTO FRA
TIPOLOGIE DI ACCESSO

In definitiva, l'accesso agli atti di cui alla l. n. 241 del 1990 e l'accesso civico (generalizzato e non) operano sulla base di norme e presupposti diversi. **Tenere distinte le due fattispecie è essenziale** in quanto, mentre nel caso dell'accesso ex l. n. 241 del 1990, la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti, nel caso dell'accesso civico le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità e diffusione di dati, documenti e informazioni (T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n.1126).

Quale istituto
di accesso
si applica?

Mantenere **distinti** l'accesso Foia e l'accesso ex 241/90

TAR EMILIA-ROMAGNA, PARMA, SEZ. I, 28 NOVEMBRE 2018, N. 325.

Tali obiezioni, a parere del Collegio, non sono superabili neanche rimarcando che, in caso di diversa interpretazione delle norme, **il diritto di accesso generalizzato avrebbe di fatto resi inutili gli strumenti e i limiti previsti dagli artt. 22 e seguenti della L. n. 241/1990.**

A prescindere dall'ovvia considerazione per cui il legislatore, nell'ottica di un ordinamento che si evolve e recepisce i cambiamenti della società, può liberamente decidere di passare da uno strumento di controllo sull'attività pubblica soggettivamente limitato ad una trasparenza piena (si consideri che tra la legge del 1990 e le norme del 2013 sono intercorsi 23 anni), **resta una profonda autonomia di fondo tra i due istituti considerati.**

Il diritto di accesso "tradizionale" risulta infatti l'unica strada percorribile laddove l'amministrazione opponga quale limite all'ostensibilità degli atti la sussistenza di interessi sensibili (pubblici o privati che siano) e la conoscenza dei documenti richiesti sia necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici del richiedente (art. 24, comma 7 della L. n. 241/1990).

Quale istituto
di accesso
si applica?

«Petitum» sostanziale ?

TAR LAZIO, SEZ. II, 14 GENNAIO 2019, N. 425.

Rileva al riguardo il Collegio che la disciplina dell'accesso non ha carattere unitario. L'accesso – per così dire – “ordinario” (regolato dalla legge n. 241 del 1990) si differenzia infatti nettamente, sia sotto il profilo dei soggetti legittimati ad avvalersene, sia quanto all'oggetto dell'ostensione che può essere ottenuta dall'Amministrazione, dall'accesso civico, che a sua volta si articola nelle due forme del c.d. “accesso civico semplice” (di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo n. 33 del 2013) e del c.d. “accesso civico generalizzato” (contemplato dall'articolo 5, comma 2, del medesimo decreto legislativo n. 33 del 2013).

Conseguentemente, **la circostanza che la parte abbia inteso avvalersi dell'uno o dell'altro istituto deve essere attentamente vagliata sulla base del contenuto obiettivo dell'istanza.**

Quale istituto
di accesso
si applica?

«Petitum» sostanziale ?

TAR PUGLIA, SEZ. I, 18 OTTOBRE 2018, N. 1344

Il diritto d'accesso agli atti amministrativi ex lege n. 241/1990 non è connotato da caratteri di assolutezza e soggiace, oltre che ai limiti di cui all'art. 24, alla rigorosa disamina della posizione legittimante del richiedente, il quale deve dimostrare un proprio distinto e personale interesse (non di terzi, non della collettività indifferenziata) a conoscere gli atti e i documenti richiesti.

Nel caso di specie, deve escludersi che l'istanza possa ritenersi fondata sulle previsioni della l. n. 241/1990, difettando l'indicazione di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata.

Più correttamente, l'istanza ostensiva deve ritenersi proposta - come peraltro espressamente indicato dalla parte - ai sensi dell'art. 5, co. 2, D.Lgs. n. 33/2013 e, cioè, quale accesso civico generalizzato.

Quale istituto
di accesso
si applica?

Richiesta **contestuale** ex Foia e ex 241/90

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III-BIS, 28 MARZO 2018, N. 3453

«Il ricorso è fondato.

La richiesta di accesso agli atti del ricorrente **è stata legittimamente presenta sia ai sensi della legge 241/1990 s.m.i. sia ai sensi del D.lgs. 25 maggio 2016 n. 97** che ha apportato modificazioni al d.lgs. 33/2013 e quindi la risposta dell'amministrazione deve tenere conto di tali innovazioni legislative.»

Quale istituto
di accesso
si applica?

Richiesta **contestuale** ex Foia e ex 241/90

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III-BIS, 28 MARZO 2018, N. 3453 (*segue*)

[NB: è *onere dell'amministrazione motivare in relazione ad entrambe le istanze*]

«Nel caso in questione, la nota impugnata del 27 ottobre 2017 è **tutta impostata, nel denegare l'accesso, sui presupposti dell'accesso documentale di cui agli artt. 22 ss. della legge 241/1990 s.m.i., ma non motiva in ordine ai limiti che l'accesso civico generalizzato** richiesto dal ricorrente incontra nel caso in questione con riferimento agli interessi pubblici o privati in gioco.

Del resto anche le note del 10 ottobre 2017 e del 24 ottobre 2017 del Responsabile della prevenzione della corruzione della trasparenza hanno riconosciuto l'interesse qualificato dell'istante secondo le linee guida ANAC n. 1309/2016 e chiedevano all'Ufficio competente esclusivamente di precisare come trattare le richieste dei punti 1, 2 3 e 4 della richiesta, ipotizzando che per il punto n. 4 potesse essere consentito l'accesso civico generalizzato anche attraverso quanto già contenuto sul sito istituzionale del MIUR.»

Quale istituto
di accesso
si applica?

Richiesta **contestuale** ex Foia e ex 241/90

TAR SICILIA, PALERMO, SEZ. II, 6 SETTEMBRE 2018, N. 1905.

«In proposito non si può fare a meno di evidenziare che l'**istanza di accesso della ricorrente è stata formulata non solo ai sensi degli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990 ma anche ai sensi del D.lgs. n. 33/2013** il cui art. 5 impone alle Amministrazioni di pubblicare e garantire l'accesso a tutti i documenti, informazioni e dati, anche in assenza di motivazione, salvo i casi espressamente previsti dalla legge.

Ne consegue che, anche a voler aderire all'orientamento più restrittivo sopra riportato - che esclude la sussistenza di una posizione legittimante all'accesso in capo alla ricorrente in relazione alla disciplina posta dalla legge n. 241 del 1990 - **l'istanza della ricorrente avrebbe dovuto essere esitata dall'Azienda intimata ai sensi del citato art. 5 del d.lgs. n. 33/2013** in quanto l'esercizio del diritto all'accesso civico ivi previsto non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non richiede motivazione.»

Quale istituto
di accesso
si applica?

Richiesta **contestuale** ex Foia e ex 241/90

TAR LAZIO, SEZ. I, 23 LUGLIO 2018, N. 8302-8303

«Ai fini dell'ammissibilità dell'accesso civico e generalizzato, prima ancora degli interessi declinati dall'art. 5 bis del d.lgs. n. 33/2003, devono essere valorizzate – in chiave selettiva e delimitativa dello stesso – le finalità per le quali tale strumento è stato previsto dal legislatore e rese esplicite nell'art. 5, co. 2, attraverso il riferimento all'obiettivo 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”. Ne consegue che, per quanto il testo normativo non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una “valenza pubblica” e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato e individuale, che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto, facendone un mero “doppione” di quello ex L. n. 241/1990. In ragione di ciò, **non appare possibile presentare generica istanza di accesso contemporaneamente, sulla medesima documentazione, ex l. n. 241/1990 ed ex d.lgs. n. 33/2013, come operato dalla ricorrente.**»

Quale istituto
di accesso
si applica?

Diritto di libertà
o funzione?

Il Foia si applica anche al settore
dei contratti pubblici ?

Come motivare il diniego?

Quale istituto di accesso
si applica?

Il dovere di motivare il pregiudizio concreto

TAR ABRUZZO, PESCARA, SEZ. I, 22 NOVEMBRE 2018, N. 347

«Quanto alla posizione dei soggetti controinteressati, in caso di opposizione, **l'amministrazione non può, assumere come unico fondamento del rifiuto di accesso il mancato consenso del controinteressato**, atteso che l'art. 5, co. 6, del d.lgs. n. 33/2013 espressamente prevede l'ipotesi di “accoglimento della richiesta di accesso civico nonostante l'opposizione del controinteressato”; dunque, la normativa rimette sempre all'amministrazione destinataria della richiesta il potere di decidere sull'accesso e questa deve **valutare, da un lato, la probabilità e serietà del danno agli interessi dei soggetti terzi che abbiano fatto opposizione e, dall'altro, la rilevanza dell'interesse conoscitivo della collettività (se esplicitato, del richiedente) che la richiesta mira a soddisfare.**»

Come motivare il diniego?

Il dovere di motivare il **pregiudizio concreto**

TAR LIGURIA, SEZ. I, 13 NOVEMBRE 2017, N. 826. [motivare correttamente il diniego_interessi privati su beni pubblici]

il richiamo contenuto nell'atto al punto c) del comma 2 dell'art. 5 bis del d.lvo 33/2013 (gli **interessi economici e commerciali** di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali) può costituire un limite all'ostensione degli atti, purché le ragioni ostative siano correttamente motivate, non solo con il richiamo testuale alle previsioni normative, come invece si legge in taluni passi delle determinazioni impugnate.

Si osserva infatti che la riservatezza o il segreto commerciale invocate riguardano delle attività d'impresa che si svolgono utilizzando dei beni pubblici, sì che all'amministrazione competerà un'adeguata ponderazione tra la protezione del diritto alla discrezione e del segreto commerciale o tecnologico e il rilievo che l'utilizzo privato di un bene pubblico ha per l'attività imprenditoriale insediata su di esso.

In conclusione il ricorso è fondato nei limiti indicati e in tali ambiti esso va accolto: consegue da ciò che non può immediatamente ordinarsi l'ostensione degli atti richiesti (art. 117 comma 2 d.lvo 2010, n. 104), restando in capo alla p.a. l'obbligo di rideterminarsi nei trenta giorni di legge decorrenti dalla notificazione della presente sentenza.

Come motivare il diniego?

Il dovere di motivare il **pregiudizio concreto**,
ANCHE con riferimento a **tutela dati personali**

I pareri del Garante, **inizialmente aderenti allo schema disegnato nelle Linee guida**; ad esempio:

Parere n. 214/2017

«si rileva che la motivazione contenuta nel provvedimento di diniego dell'istanza di accesso civico generalizzato **non consente di comprendere le effettive ragioni per cui l'ostensione dei dati richiesti determinerebbe un pregiudizio concreto** alla tutela della protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 5-bis, comma 2, lett. a) del citato decreto»

e cfr. anche par. n. 458/2017; n. 363/2017.

Come motivare il
diniego?

Il dovere di motivare il **pregiudizio concreto**, **ANCHE** con riferimento a **tutela dati personali**

I pareri del Garante, **successivamente si attestano** su uno schema interpretativo che si limita a verificare l'esistenza di un pericolo (solo) potenziale e non (anche) concreto: par. 190/2017.

«**Ai fini della valutazione del pregiudizio concreto**, vanno prese in considerazione le conseguenze – anche legate alla sfera morale, relazionale e sociale – **che potrebbero derivare** all'interessato dalla conoscibilità, da parte di chiunque, del dato o del documento richiesto, tenuto conto delle implicazioni derivanti dalla previsione di cui all'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 33/2013, in base alla quale i dati e i documenti forniti al richiedente tramite l'accesso generalizzato sono considerati come «pubblici», sebbene il loro ulteriore trattamento vada in ogni caso effettuato nel rispetto dei limiti derivanti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali (art. 7 del d. lgs. n. 33/2013). **Tali conseguenze potrebbero riguardare, ad esempio, future azioni da parte di terzi nei confronti dell'interessato**, o situazioni che potrebbero determinare l'estromissione o la discriminazione dello stesso individuo, oppure altri svantaggi personali e/o sociali. In questo quadro, può essere valutata, ad esempio, l'eventualità che l'interessato possa essere esposto a minacce, intimidazioni, ritorsioni o turbative al regolare svolgimento delle funzioni pubbliche o delle attività di pubblico interesse esercitate, che potrebbero derivare, a seconda delle particolari circostanze del caso, dalla conoscibilità di determinati dati»

Come motivare il
diniego?

Il dovere di motivare il **pregiudizio concreto**,
ANCHE con riferimento a **tutela dati personali**

TAR LOMBARDIA, BRESCIA, SEZ. I, 12 MARZO 2018, N. 303

(ad avviso del Comune resistente, l'art. 5-bis del D. Lgs. 33/2013 – ai commi 2 e 3 – prevede un'eccezione assoluta al diritto alla conoscenza diffusa, per la tutela dei diritti fondamentali, non superabile con il meccanismo del bilanciamento degli opposti interessi)

«È illegittimo il diniego opposto alla richiesta di accesso agli atti di valutazione e selezione di uno specifico candidato nell'ambito di un concorso pubblico, **motivato in base alla mera presenza di dati personali in tali documenti**. Nel dare riscontro a un'istanza, l'amministrazione deve **verificare la presenza di un pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali** e valutare la possibilità di un rilascio con modalità meno pregiudizievoli per i diritti dell'interessato, privilegiando l'ostensione di documenti con l'omissione dei dati personali laddove l'esigenza informativa possa essere raggiunta senza implicare il loro trattamento. Peraltro, in una selezione pubblica, le ragionevoli aspettative di confidenzialità degli interessati riguardo a talune informazioni recedono o sono comunque depotenziate.»

Come motivare il
diniego?

Il dovere di motivare il **pregiudizio concreto**,
ANCHE con riferimento a **tutela dati personali**

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III-BIS, 28 MARZO 2018, N. 3453 –

In modo particolare, in questi ultimi casi relativi alla tutela di “interessi privati”, l’amministrazione non potrà respingere la domanda senza **fornire un’adeguata motivazione al diniego** (come invece nei casi di cui al comma 3: segreto di Stato e altri casi previsti dalla legge) ma dovrà **compiere un ulteriore passaggio motivazionale, al fine di verificare se la richiesta ostensione potrebbe cagionare un pregiudizio concreto a quegli stessi interessi**, che sono rilevanti ma pur sempre di natura privata.

L’amministrazione, in tal caso, dovrà **dimostrare che dall’accesso generalizzato deriva un pregiudizio concreto ossia che vi è un nesso di casualità tra l’accesso consentito e il pregiudizio.**

Come motivare il
diniego?

Il dovere di motivare il **pregiudizio concreto**,
ANCHE con riferimento a **tutela dati personali**

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III-BIS, 28 MARZO 2018, N. 3453 –

In modo particolare, in questi ultimi casi relativi alla tutela di “interessi privati”, l’amministrazione non potrà respingere la domanda senza **fornire un’adeguata motivazione al diniego** (come invece nei casi di cui al comma 3: segreto di Stato e altri casi previsti dalla legge) ma dovrà **compiere un ulteriore passaggio motivazionale, al fine di verificare se la richiesta ostensione potrebbe cagionare un pregiudizio concreto a quegli stessi interessi**, che sono rilevanti ma pur sempre di natura privata.

L’amministrazione, in tal caso, dovrà **dimostrare che dall’accesso generalizzato deriva un pregiudizio concreto ossia che vi è un nesso di casualità tra l’accesso consentito e il pregiudizio.**

Come motivare il
diniego?

Diritto di libertà
o funzione?

**Il Foia si applica anche al settore
dei contratti pubblici ?**

Come motivare il diniego?

Quale istituto di accesso
si applica?

Il dato normativo rilevante

Art. 5-bis, c. 3 del d.lgs. 33/2013:

«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.»

Art. 53 d.lgs. 50/2016

«1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti.»

Il Foia si applica
anche al settore
dei contratti
pubblici ?

TAR EMILIA - ROMAGNA, PARMA, SEZ. I, 18 LUGLIO 2018, N. 197

L'accesso agli "atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici" è regolato dal co. 1, dell'art. 53 del D.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici) che reca una **particolare disciplina per l'accesso agli atti afferenti alle procedure ad evidenza pubblica** finalizzate alla stipulazione di appalti o concessioni di servizi. In particolare, il menzionato art. 53 riconduce espressamente la disciplina applicabile per **tutti i documenti (di gara e di esecuzione del contratto)** alla disciplina ordinaria in materia di accesso ex lege n. 241 del 1990. Per questo motivo, la speciale disciplina contenuta nell'art. 53 del D.lgs. n. 50 del 2016 deve considerarsi come un **caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis del D.lgs. n. 33 del 2013**, preso atto che questa disposizione è cristallina nello stabilire che il diritto di accesso civico generalizzato "è escluso" nei casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti.

Tale esclusione appare del tutto giustificata poiché il legislatore ha inteso sottrarre una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati. D'altronde, si tratta pur sempre di documentazione che, da un lato, subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC), e, dall'altro, coinvolge interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili (e quindi astrattamente riconducibili alla causa di esclusione di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 5-bis del D.lgs. n. 33 del 2013), specie quando tali interessi, dopo l'aggiudicazione, vanno a porsi su di un piano pari ordinato – assumendo la connotazione di veri e propri diritti soggettivi – rispetto a quelli della stazione committente.

Il Foia si applica
anche al settore
dei contratti
pubblici ?

TAR MARCHE, ANCONA, SEZ. I, 18 OTTOBRE 2018, N. 677.

Non può essere accolta l'istanza di accesso civico generalizzato alla documentazione afferente ad una gara di appalto di servizi di assistenza, manutenzione e riparazione di automezzi comunali, già espletata ed efficace, in quanto rientrante all'interno della più ampia disciplina degli "atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici" di cui al co. 1, art. 53, d.lgs. n. 50/2016. Riprendendo un precedente orientamento (Tar Parma, sent. n. 197/2018), il Tribunale evidenzia che l'art. 53 del citato decreto reca una disciplina speciale per l'accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica, che richiama espressamente l'applicabilità, in tali casi, delle regole in materia di diritto di accesso "ordinario". Tale articolo, può dunque considerarsi quale caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del co. 3 dell'art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013.

Nel caso di specie, l'istanza del Consorzio ricorrente risulta essere finalizzata non ad un controllo sul perseguimento di funzioni istituzionali o sull'utilizzo di risorse pubbliche (tipiche dell'istituto del Foia), ma ad acquisire informazioni utili sull'esecuzione dell'appalto e, per tale motivo, ritiene che il diritto alla visione ed estrazione di copia della documentazione in parola possa essere esercitato secondo la disciplina generale sull'accesso di cui alla L. n. 241/1990.

Il Foia si applica
anche al settore
dei contratti
pubblici ?

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II, 18 luglio 2018, n. 197.

Deve, infatti, osservarsi che l'articolo 5-bis, comma 3, del decreto legislativo n. 33 del 2013 stabilisce espressamente che "Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2" – ossia, come detto, l'accesso civico generalizzato – è escluso, tra l'altro, nei 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".

La suddetta previsione si lega con quella contenuta all'articolo 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016, ove – riproducendo, sul punto, la formulazione dell'articolo 13 del previgente decreto legislativo n. 163 del 2006 – si stabilisce che "Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241".

In altri termini, l'accesso agli atti concernenti la procedura di affidamento e la fase di esecuzione dei contratti pubblici è oggetto di una disciplina ad hoc, costituita dalle apposite disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici e, ove non derogate, da quelle in tema di accesso ordinario recate dalla legge n. 241 del 1990. In tale ambito non trova perciò applicazione l'istituto dell'accesso civico generalizzato, stante la clausola di esclusione contenuta nel richiamato articolo 5-bis, comma 3, del decreto legislativo n. 33 del 2013.

Il Foia si applica
anche al settore
dei contratti
pubblici ?

Il Foia **SI applica** ai contratti pubblici

TAR CAMPANIA, SEZ. VI, 22 DICEMBRE 2017, N. 6028.

«L'istanza della Gemis sarebbe ispirata da motivazioni diverse (quelle del concorrente che ha perso la gara) e, pertanto, non si conforma allo spirito dell'accesso civico generalizzato; inoltre, non vi sarebbero i presupposti di cui al d.lg. n. 163/2006 per concedere l'accesso agli atti avendo la ricorrente fatto acquiescenza agli esiti della gara.

In primo luogo, deve osservarsi che l'istanza non è stata formulata ai sensi della normativa sugli appalti che qui non viene in rilievo.

In secondo luogo, va rilevato che l'accesso civico ha “lo 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”. Sotto tale profilo la richiesta di verificare l'effettiva posa in opera dei tubi promessi dalla controinteressata rientra pienamente nella finalità voluta dalla legge di consentire un controllo sull'uso delle risorse pubbliche.

Ritiene, inoltre, il Collegio che l'indagine sulle “reali motivazioni” del richiedente l'accesso civico generalizzato esuli dai compiti attribuiti al Comune che deve limitarsi a verificare che non ricorrano casi di esclusione previsti dalla legge.»

Il Foia si applica
anche al settore
dei contratti
pubblici ?

Il Foia **SI applica** ai contratti pubblici

TAR CAMPANIA, SEZ. VI, 22 DICEMBRE 2017, N. 6028.

«In ogni caso, a prescindere di quanto correttamente evidenziato dal giudice di appello, ciò che rileva in questa sede è che la richiesta della ricorrente, con le precisazioni di cui si dirà, non incontra i limiti di cui all'art. 5-bis, primo e secondo comma, del decreto legislativo n. 33/2013, non venendo in rilievo nella specie alcuno degli interessi pubblici o privati contemplati dalle disposizioni indicate (...)

A ciò si aggiunga, comunque, il decisivo rilievo già formulato, secondo cui la specifica richiesta di cui si tratta non incontra i limiti di cui all'art. 5-bis, primo e secondo comma, del decreto legislativo n. 33/2013.

Va, altresì, evidenziato che, **fermo il diritto di esercitare il cosiddetto accesso civico generalizzato**, appare meritevole di tutela, anche alla luce della legge n. 241/1990, l'interesse ad ottenere copia della documentazione afferente la consegna e l'inizio dei servizi nonché i provvedimenti di liquidazione, in linea con l'orientamento espresso ...»

Il Foia si applica
anche al settore
dei contratti
pubblici ?

Il Foia **SI applica** ai contratti pubblici

TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, 11 GENNAIO 2019, N. 45.

«È illegittimo il diniego opposto dall'Amministrazione a una istanza di accesso civico generalizzato volta a ottenere la documentazione inerente a una procedura negoziata per l'affidamento di una concessione mista di beni e servizi da parte di una società invitata ma che non ha presentato l'offerta. Il mero richiamo alle ipotesi di cui all'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013, non è sufficiente a suffragare il diniego giacché non è possibile escludere l'applicazione dell'accesso civico ai procedimenti di cui al d.lgs. n. 50/2016.»

(segue)

Il Foia si applica
anche al settore
dei contratti
pubblici ?

Il Foia **SI applica** ai contratti pubblici

TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, 11 GENNAIO 2019, N. 45.

«La disciplina sull'accesso agli atti in materia di appalti pubblici, contenuta nell'art. 53 del decreto citato, richiama espressamente la L. n. 241/1990, salvo introdurre nei commi successivi una serie di prescrizioni riguardanti essenzialmente il differimento dell'accesso in corso di gara, senza quindi che possa sostenersi che si configuri una speciale disciplina, realmente derogatoria di quella di ordine generale della L. 241/1990 e tale da escludere definitivamente l'accesso civic

Quest'ultimo potrà essere temporalmente vietato fino a che essa non sarà terminata, ma non escluso definitivamente, se non per quanto stabilito da altre disposizioni, e così, prima di tutte, dalla chiara previsione dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013. La motivazione del diniego, inoltre, si risolve in un mero richiamo alla norma preclusiva dell'ostensione, senza un preciso riferimento alle circostanze fattuali e giuridiche impeditive dell'accesso civic, e senza aver oltretutto interpellato preventivamente le altre imprese interessate né valutato l'istanza proposta in via subordinata dall'istante, tesa a ottenere un accesso parziale.

Il Foia si applica anche al settore dei contratti pubblici ?

Il Foia **SI applica** ai documenti della fase di aggiudicazione,
ma **NON si applica** ai documenti della fase di esecuzione

TAR TOSCANA, Firenze, SEZ. III, 10 aprile 2019, N. 151.

Ne consegue una disciplina complessa, risultante dall'applicazione dei diversi istituti dell'accesso ordinario e di quello c.d. civico, che hanno un diverso ambito di operatività e grado di profondità con effetti diversificati con riferimento al settore speciale dei pubblici appalti.

In particolare, per quanto riguarda **gli atti e documenti della fase pubblicistica del procedimento, oltre all'accesso ordinario è consentito anche l'accesso civico generalizzato**, “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”; **per quanto riguarda atti e documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicataria, l'accesso ordinario è consentito ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241** e nel rispetto delle condizioni e dei limiti individuati dalla giurisprudenza, che nella fattispecie non risultano osservati.

Il Foia si applica
anche al settore
dei contratti
pubblici ?

GRAZIE PER
L'ATTENZIONE

Benedetto Ponti
benedetto.ponti@unipg.it