

IL DIRITTO DI ACCESSO

IL DIRITTO DI ACCESSO. NOZIONE E CARATTERI GENERALI

Come noto, il diritto di accesso è il diritto dei cittadini di ottenere copia e di prendere visione dei documenti e degli atti della pubblica amministrazione.

In via diretta la materia è regolamentata dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990.

Esso costituisce espressione del "principio di trasparenza" che consiste nell'attribuzione agli amministratori del potere di esercitare un controllo democratico sull'operato della pubblica amministrazione.

Ovviamente, la trasparenza non può essere perseguita solo mediante il diritto di accesso, essendo necessari altri strumenti, tra i quali possono essere menzionati: l'obbligatorietà della adozione e della motivazione del provvedimento amministrativo, la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo stesso, la semplificazione dell'azione amministrativa, soprattutto nei casi sin cui è necessario il concorso di più soggetti pubblici.

Per una analisi sintetica di tali argomenti si rimanda alla nota di sintesi *Legge 241 del 1990 – principi generali*. Il presente documento riguarda la materia del diritto di accesso.

In via preliminare occorre dare atto che la legge 241 / 1990 è stata oggetto di numerose modifiche e integrazioni. Le fonti principali da ricordare in tal senso sono: la legge 11 febbraio 2005 n.15; la legge 18 giugno 2009 n. 69; la legge 4 aprile 2012, n. 35 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5.

E' inoltre opportuno fare riferimento, in considerazione dell'organicità dell'intervento che si prospetta, alla legge n. 124 del 7 agosto 2015 Delega al Governo in materia di riorganizzazione della Pubblica Amministrazione. Come è noto la legge contiene numerose deroghe al Governo in varie materie, per ciascuna di tali deleghe si è in attesa degli atti del Governo (alcuni dei quali sono stati già emanati) e del successivo iter normativo (Consiglio di Stato, Conferenza unificata Stato Regioni e infine decisione parlamentare). Alcune disposizioni della legge 124, tuttavia, trovano immediata attuazione nell'ordinamento e una parte di queste riguardano la legge 241 del 1990.

Infine va menzionato il decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 5 gennaio 2012, che individua le modalità di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi detenuti dagli uffici del MEF.

I PRECEDENTI NORMATIVI INTERNI

La disciplina del diritto di accesso, dettata per la prima volta in via generale dalla legge n. 241/90, non fu, tuttavia una novità assoluta nel nostro ordinamento, essendo il legislatore intervenuto numerose volte per garantire, in situazioni determinate, il diritto di accesso, in ciò sollecitato anche da una specifica raccomandazione del Consiglio d'Europa (n. 81-89 del 25 novembre 1981).

Tra i principali precedenti normativi, l'articolo 14 della legge 8 luglio 1986, n. 349, in base al quale qualsiasi cittadino ha diritto di accedere a tutte le informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili presso gli uffici dell'amministrazione ed ottenere copia, previo rimborso delle sole spese di riproduzione e di ufficio, dei documenti contenenti tali informazioni.

Altro fondamentale precedente era dato dall'articolo 7 della legge 8 giugno 1990, n. 142, riscritto dall'art. 10 del D Lgs 18 agosto 2000, n.274, il quale, prevede.

1. Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata

- dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese.
2. Il regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi e disciplina il rilascio di copie di atti previo pagamento dei soli costi; individua, con norme di organizzazione degli uffici e dei servizi, i responsabili dei procedimenti; detta le norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardino; assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione.
 3. Al fine di rendere effettiva la partecipazione dei cittadini all'attività dell'amministrazione, gli enti locali assicurano l'accesso alle strutture ed ai servizi agli enti, alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni.

I SOGGETTI TITOLARI DEL DIRITTO DI ACCESSO

Titolari del diritto di accesso sono i soggetti che l'art.22, 1° comma, lettere a) e b), della legge n. 241/90 ha indicato come "soggetti interessati". Essi sono: "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 del quale è chiesto l'accesso".

Resta più ampio, rispetto a tale qualificazione, il novero dei soggetti titolari del diritto di accesso in materia ambientale, in quanto, come si è già detto, il decreto legislativo n. 39/97, in attuazione della direttiva CEE 90/313, riconosce il diritto d'accesso in capo a "*chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dimostrare il proprio interesse*".

L'OGGETTO DEL DIRITTO DI ACCESSO

L'oggetto del diritto di accesso, secondo quanto previsto dall'art.22, 1° comma, lettere a) e d), della legge 241/90, (modificato dalla legge 15/05) è il "documento amministrativo", consistente in: "*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*".

Il comma 2 dell'art. 22 dispone che l'accesso ai documenti amministrativi costituisce principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e l'efficienza; in precedenza il comma proseguiva con la seguente specificazione: *ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'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.*

E' interessante notare che la legge 18 giugno 2009, n. 69 ha abrogato quest'ultima parte del comma 2, evidentemente volendo sottolineare la valenza assoluta che si intende dare alla trasparenza come criterio generale dell'azione amministrativa.

Secondo quanto previsto dal comma 4 del menzionato art.22 "*non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo*" l'ipotesi specifica è contemplata dalla parte finale del citato comma 4 in cui si fa 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.

Relativamente a tali informazioni, infatti, non si applica la normativa sull'accesso agli atti amministrativi ed i principi dalla stessa enucleabili, ma la diversa disciplina data dall'art. 7 del codice della Privacy, ai sensi del quale "*l'interessato ha diritto di ottenere la conferma*

dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano, anche se non ancora registrati, e la loro comunicazione".

Approfondendo il tema dell'oggetto del diritto di accesso, si evidenzia che la posizione della giurisprudenza è consolidata nell'escludere la possibilità di formulare domande di accesso che non identifichino gli atti (o che per lo meno non esprimano elementi oggettivi in base ai quali identificare gli atti ...) per i quali si richiede l'accesso. Secondo la dottrina prevalente, va ricordato in proposito che l'accesso ai documenti amministrativi è finalizzato a consentire al privato richiedente, che vi abbia un apprezzabile interesse, la conoscenza di un atto fisicamente esistente negli archivi dell'Amministrazione e puntualmente individuato, e non già ad imporre a questa di porre in essere un'attività di elaborazione dei dati e dei documenti in suo possesso, esulando dall'ambito di esperibilità di tale azione quei documenti non indicati nei loro riferimenti essenziali e la cui esibizione imporrebbe all'Amministrazione la prestazione di un *facere*, consistente nella ricerca ed individuazione degli stessi, non potendo farsi ricadere, mediante l'attivazione del diritto di accesso, sull'Amministrazione destinataria della relativa richiesta, un onere di ricerca e di individuazione della documentazione che si presenti funzionale agli interessi dell'istante.

I SOGGETTI PASSIVI DEL DIRITTO DI ACCESSO

Ai sensi dell'articolo 23 della legge, il diritto di accesso si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi.

Sono perciò obbligate a consentire l'accesso:

- le amministrazioni dello Stato, ivi comprese le aziende autonome. Nella nozione "amministrazioni dello Stato" devono essere ricompresi tutti gli uffici ministeriali sia centrali che periferici; le aziende autonome sono, invece, quei soggetti, in genere privi di personalità giuridica ma dotati di una propria organizzazione amministrativa, incardinati nell'amministrazione dello Stato ed adibiti all'esercizio di attività per la gestione di servizi di natura tecnico-economica;
- gli enti pubblici. Vi rientrano tutte le categorie di enti pubblici (statali, locali, territoriali, strumentali, ausiliari), compresi anche gli enti pubblici economici (in tal senso è l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.7/87).
- i concessionari di pubblici servizi. Sono soggetti abilitati allo svolgimento di attività pubbliche per effetto di un provvedimento concessorio.

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.

ALTRI SOGGETTI DEL DIRITTO DI ACCESSO

In questa categoria si ritiene di menzionare la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, regolata dall'art. 27. La Commissione è nominata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio dei ministri. Essa è presieduta dal sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed è composta da dieci membri, dei quali due senatori e due deputati. La Commissione adotta le determinazioni previste dall'articolo 25, nei casi di diniego o differimento opposto a richieste di accesso formulate da soggetti interessati. Inoltre vigila affinché sia attuato il principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione con il rispetto dei limiti fissati dalla legge; redige una relazione annuale sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, propone al Governo modifiche dei testi legislativi e regolamentari che siano utili a realizzare la più ampia garanzia del diritto di accesso.

LE MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL DIRITTO DI ACCESSO

Le modalità di esercizio del diritto di accesso sono disciplinate dall'articolo 25 della legge che al primo comma stabilisce che il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi (l'esame, ovviamente deve poter riguardare anche gli originali di tali documenti: Cons. Stato, 5 gennaio 1995, n.4). L'esame è gratuito, mentre il rilascio di copia è subordinato soltanto al costo di riproduzione ed alle spese d'ufficio per la ricerca e la visura.

Normalmente avviene che l'amministrazione consente l'accesso mettendo a disposizione dell'interessato l'intero fascicolo e, poi, dopo la presa visione dei documenti in esso contenuti, procedendo all'estrazione ed alla produzione di copia di tutti quegli atti, non sottratti all'accesso per esigenze di riservatezza, rilevanti ai fini della tutela dell'interesse concretamente fatto valere.

La richiesta di accesso al documento deve essere motivata e rivolta all'amministrazione che lo ha formato, che lo detiene stabilmente o che lo ha fornito.

La richiesta deve essere sottoscritta, a pena di inammissibilità, dal richiedente. In sede di redazione dell'istanza, il richiedente dovrà specificare la sua posizione rispetto al procedimento ai cui atti chiede di accedere. Numerose Amministrazioni e tra queste il MEF, nel dotarsi del regolamento di accesso ai propri atti hanno predisposto dei modelli di domanda.

La presentazione della richiesta dà luogo ad un ordinario procedimento amministrativo che può concludersi mediante:

- accettazione della richiesta;
- diniego della richiesta che riguardi documenti esclusi dal diritto di accesso;
- limitazione ad alcuni soltanto dei documenti richiesti, qualora gli altri non siano accessibili;
- differimento della richiesta di accesso, ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 24, per il grave impedimento od ostacolo che questo potrebbe determinare all'azione amministrativa.

Il rifiuto, il differimento e la limitazione debbono essere motivati e l'accesso non deve mai essere rifiutato quando può essere differito (come oggi risulta espressamente previsto dall'art. 24, comma 5 della legge, aggiunto dalla legge n. 15).

Decorso 30 giorni dall'istanza di accesso, su questa si forma il silenzio rifiuto, consentendo all'interessato di adire l'autorità giurisdizionale per l'annullamento dello stesso o di attivare i diversi rimedi previsti dalla medesima disposizione (richiesta al difensore civico, per gli atti degli enti locali ed alla Commissione governativa sull'accesso, per gli atti dell'amministrazione dello Stato).

Il formarsi del silenzio-rifiuto non elimina la possibilità dell'amministrazione di rilasciare i documenti anche successivamente al decorso del termine fissato dalla legge.

Un approfondimento merita la possibilità, per le amministrazioni, di prevedere un differimento dell'accesso. La norma al riguardo necessita di interpretazioni. Infatti l'articolo 24 comma 4 – riscritto nel 2005 - prevede che l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento. Il successivo art. 25, comma 3, rimasto immutato, precisa che il differimento (così come il rifiuto) è ammesso “nei casi e nei limiti stabiliti dall'articolo 24” e deve essere motivato.

Tuttavia, la nuova disposizione dell'art. 24, non prevede dettagliatamente né casi né limiti di esercizio del potere di differimento, attestandosi su una generica e indifferenziata previsione che integra quasi un potere del tutto discrezionale.

La giurisprudenza permette di fare luce sulla problematica, da ultimo Consiglio di Stato sentenza n.2172 del 2 marzo 2012 che rimanda all'art. 9, del D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184, il quale stabilisce che il differimento dell'accesso debba sempre essere disposto in tutti i casi in cui “...sia sufficiente per assicurare una temporanea tutela degli interessi di cui all'articolo 24, comma 6 della legge e per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione ai documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa”; da tale contesto normativo deriva che il potere di differimento dell'accesso – in luogo del rigetto – è un atto dovuto in tutti i casi in cui il privato abbia diritto all'accesso, ma tale diritto debba essere confrontato, con le esigenze dell'amministrazione ovvero con la tutela da offrire a un terzo contro interessato.

C'è quindi un elemento discrezionale, restando inteso che, a tutela del principio di trasparenza, l'eventuale differimento debba essere sempre il risultato di una consona, pertinente e motivata valutazione, espressamente riportata nel provvedimento di riscontro alla richiesta di accesso o, comunque, facilmente desumibile dai contenuti di quest'ultimo.

ESCLUSIONI E LIMITI AL DIRITTO DI ACCESSO

L'articolo 24, modificato dalla L.15/05, contempla tre categorie di limiti al diritto di accesso: limiti tassativi, limiti di carattere generale e limiti eventuali.

Le prime due delle sopra richiamate categorie di esclusione dal diritto d'accesso sono stabilite direttamente dalla legge, senza che residui all'amministrazione alcun margine valutativo. Ove ricorra uno di tali limiti, l'amministrazione è obbligata a dare risposta negativa alla richiesta di accesso, posto che tali limiti sono finalizzati alla salvaguardia di interessi pubblici fondamentali e prioritari rispetto al pur importante interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi.

I limiti tassativi e di carattere generale sono quindi regolati entrambi dal comma 1 dell'art. 24, che esclude il diritto di accesso:

- a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della *legge 24 ottobre 1977, n. 801*, e successive modificazioni, 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.

I limiti eventuali sono stabiliti discrezionalmente dai soggetti tenuti a consentire il diritto d'accesso al fine di differirlo sino a quanto la conoscenza dei documenti possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa.

A) Limiti tassativi

Sono quindi soggetti a tassativa esclusione dal diritto d'accesso:

1) i documenti coperti da segreto di stato ai sensi dell'articolo 12 della legge 14 ottobre 1977, n.801 (per le procedure oggetto di segretezza) che considera tali "gli atti e documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità dello Stato democratico, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni, al libero esercizio della funzione degli organi costituzionali, all'indipendenza dello Stato rispetto ad altri Stati, alla preparazione della difesa militare dello Stato". In caso di violazione di tali precetti sono previste severe sanzioni penali.

2) a questa categoria se ne aggiunge un'altra, (prevista dalla seconda parte della *lettera a)*, ovvero i documenti sottratti all'accesso in base a specifiche previsioni di legge. Tra le ulteriori ipotesi di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge vanno annoverati:

- il segreto professionale;
- il segreto scientifico e industriale;
- il segreto epistolare;
- il segreto militare;
- il segreto commerciale;
- il segreto bancario;
- il segreto istruttorio;
- il segreto statistico.

B) Limiti di carattere generale

Sono i limiti di cui alle lettere b), c) e d) del citato comma 1 art. 24 e sono posti da disposizioni della legge aventi valenza generale ed applicabili a tutte le amministrazioni soggette alla disciplina dell'accesso, a prescindere da quanto specificamente previsto dai diversi regolamenti cui la legge medesima fa rinvio. Si tratta dei:

1) *limiti riguardanti i procedimenti tributari*

2) *limiti relativi agli atti normativi, amministrativi generali, di programmazione e di pianificazione.*

3) *limiti relativi alle informazione di carattere psico-attitudinale, riguardanti i terzi partecipanti a procedure selettive pubbliche.*

4) Oltre a quelli sopra enumerati, esiste un ulteriore *limite* modale di carattere generale all'esercizio del diritto di accesso che ricorre *quando la relativa istanza sia preordinata allo svolgimento di un controllo generalizzato dell'attività dell'amministrazione.*

C) Limiti eventuali

La legge n. 241 modificata attribuisce, ai sensi dei commi 2 e 6 dell'art. 24 della legge, al Governo e ai singoli enti la possibilità di prevedere ulteriori casi di sottrazione all'accesso di documenti, laddove l'accesso possa arrecare pregiudizio a interessi considerati preminenti.

Tale possibilità, pleonasticamente prevista anche dal comma 1 dell'art. 24, ai sensi del quale *“il diritto di accesso è escluso per i documenti espressamente previsti dal regolamento da emanare ai sensi dell'art. 24, comma 6”* nonché dai regolamenti emanati da ciascuna amministrazione o ente assoggettato alla normativa sull'accesso, richiede, tuttavia, l'interposizione di un atto regolamentare.

Il comma 6 dell'art. 24 prevede, infatti, che con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge n. 400/88, il Governo può (e, quindi, non deve) prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi quando ricorrono ragioni di sicurezza e difesa nazionale, di tutela della politica monetaria e valutaria, di tutela dell'ordine pubblico, di prevenzione e repressione della criminalità, di tutela della vita privata o della riservatezza, di tutela della contrattazione collettiva.

LA TUTELA PENALE DEL DIRITTO DI ACCESSO

Ai sensi dell'articolo 328 del codice penale, come modificato dalla legge 26 aprile 1990, n.86, è punito con una ammenda e con la reclusione il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che entro 30 giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo.

E' evidente il collegamento tra la legge n. 86/90 ed i principi della legge 241/90, sia in termini di effettività che si cerca di dare agli istituti di pubblicità e trasparenza della legge sul procedimento amministrativo sia per l'espresso riferimento all'interesse, che estende la tutela penale anche ai titolari di situazioni qualificabili come interesse legittimo.

Presupposto per la configurabilità del reato è comunque l'esistenza di una richiesta completa in cui siano esattamente indicati gli estremi dei documenti richiesti o gli elementi che ne consentano l'individuazione. Sarà, comunque, possibile per il funzionario giustificare le ragioni del ritardo, in tal modo evitando le conseguenze penali del diniego d'accesso (sempre, ovviamente, che le giustificazioni addotte e siano plausibili: si veda, al riguardo, la circolare 4 dicembre 1990 n. 5824 del Ministero della Funzione Pubblica concernente i reati di rifiuto ed omissione di atti d'ufficio).