

Giurisprudenza amministrativa e FOIA

Aggiornamento sui recenti orientamenti di TAR e Consiglio di Stato

FOIA Centro nazionale di competenza
La trasparenza come regola



UNIONE EUROPEA
Fondo Sociale Europeo
Fondo Europeo di Sviluppo Regionale



Agenzia per la Coesione Territoriale



Presidenza del Consiglio dei Ministri
**Dipartimento della
Funzione Pubblica**

PN GOVERNANCE
E CAPACITÀ
ISTITUZIONALE
2014-2020

AGENDA

15.00-15.05 Accoglienza partecipanti

15.05-15.15 Introduzione, *Valentina ALBANO, coordinatore progetto Cdc FOIA, Dipartimento funzione pubblica*

15.15-16.15 I recenti orientamenti della Giurisprudenza amministrativa sul FOIA, *Mario SAVINO, ordinario di diritto amministrativo dell'Università della Tuscia e coordinatore area giuridica progetto Centro di competenza FOIA, Dipartimento funzione pubblica*

15.15-16.30 Risposte ai quesiti e Conclusioni

Contenuti a cura di: Progetto "Centro di competenza FOIA"- CUP J54F18000000007, iniziativa del Dipartimento della funzione pubblica-Presidenza del Consiglio dei Ministri, finanziata a valere sul PON Governance e capacità istituzionale 2014-2020.

Supporto tecnico operativo a cura di: Formez PA, Progetto Open Gov - Supporto alle politiche di Open Government, finanziato dal PON Governance e capacità istituzionale 2014-2020

I Temi

- 1. Questioni procedurali**
- 2. Regime dei costi**
- 3. Eccezioni procedurali**
- 4. Eccezioni relative e obbligo di motivazione**

1. Questioni procedurali

a. Partecipazione del controinteressato al riesame

- *In quali casi l'amministrazione deve consentire la partecipazione ai controinteressati nella fase di riesame?*

- Consiglio di Stato, sez. V, 15 giugno 2021, n. 4644

- **Non sussiste l'obbligo** da parte dell'amministrazione di **consultare il controinteressato nella fase di riesame** se la **partecipazione** è stata assicurata nel procedimento di **prima istanza**.

- La richiesta di riesame non dà vita ad un nuovo procedimento ma costituisce un'appendice eventuale dell'unico procedimento avviato con l'istanza di accesso, cosicché il riesame si configura come una **verifica della correttezza della decisione della PA**, senza che trovino ingresso nuove questioni e prospettazioni.

a. Partecipazione del controinteressato al riesame

- Consiglio di Stato, sez. V, 15 giugno 2021, n. 4644
- In tal senso è indicativa la **Circolare n. 1/2019 del Ministro per la Pubblica amministrazione** (par. 6), secondo cui la partecipazione dei controinteressati alla fase di riesame **deve essere assicurata soltanto nel caso in cui il RPCT constati che essa non è avvenuta in prima istanza** per una erronea valutazione circa la sussistenza del pregiudizio agli interessi di cui all'art. 5-bis, comma 2, d.lgs. n. 33/2013.
- Una **diversa interpretazione** finirebbe per dar vita a un **inammissibile aggravio del procedimento**, privo di qualsiasi utilità pratica non potendo essere mutato l'oggetto e le ragioni dell'istanza di accesso, né le osservazioni e le controdeduzioni già svolte.

b. Termine per azionare il ricorso giurisdizionale

- *Entro quale termine è possibile azionare il ricorso giurisdizionale dopo essersi rivolti al Difensore civico?*

- **Tar Campania, sez. VI, 4 marzo 2021, n. 1496**
- Decorsi **30 giorni dalla presentazione del ricorso al difensore civico**, cui il richiedente si era rivolto, e formatosi il silenzio, **il ricorso giurisdizionale è tempestivo se esperito nei 30 giorni successivi.**
- Lacuna dell'**art. 5, d.lgs. n. 33/2013**, che:
 - non prescrive che il ricorso al difensore civico sia presentato entro 30 giorni
 - non prevede le conseguenze del silenzio di quest'ultimo
 - stabilisce soltanto che il termine per proporre ricorso amministrativo decorre dalla comunicazione dell'esito dell'istanza.

b. Termine per azionare il ricorso giurisdizionale

- *Entro quale termine è possibile azionare il ricorso giurisdizionale dopo essersi rivolti al Difensore civico?*

- **Tar Campania, sez. VI, 4 marzo 2021, n. 1496**

- Il procedimento di accesso civico generalizzato presenta evidenti affinità con quanto previsto dall'art. 25, l. n. 241/1990 per l'accesso documentale, sicché quest'ultima disciplina **può ritenersi applicabile per analogia** al fine di integrare le lacune del art. 5.

- È quindi consentito all'interessato – una volta che il difensore civico sia rimasto silente per 30 giorni – proporre il ricorso giurisdizionale entro i successivi 30 giorni, senza che si verifichi alcuna decadenza.

2. Regime dei costi

2. Regime dei costi

- *Quali voci è possibile includere nei costi addebitati al richiedente per l'accesso?*
- Art. 5, comma 4, d.lgs. n. 33/2013: **“il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo è gratuito, salvo il rimborso del costo effettivamente sostenuto e documentato dall'amministrazione per la riproduzione su supporti materiali”**.
- **Tar Piemonte, sez. II, 23 marzo 2021, n. 332**
- Tale previsione è stata oggetto della **Circolare n. 1/2019 del Ministro della pubblica amministrazione** (par. 4) che precisa la portata del principio di gratuità, affermando che **“possono essere addebitati solo i costi strettamente necessari per la riproduzione di dati e documenti richiesti, ad esclusione di qualsiasi altro onere a carico del cittadino”**.

2. Regime dei costi

- **Tar Piemonte, sez. II, 23 marzo 2021, n. 332**
- In particolare, il costo rimborsabile, corrispondente a quello “effettivamente sostenuto e documentato dall’amministrazione per la riproduzione”, **non include il costo per il personale impiegato nella trattazione delle richieste di accesso**, essendo quest’ultimo un **onere** che, in linea di principio, **grava sulla collettività** che intenda dotarsi di un’amministrazione moderna e trasparente”.
- Constatato che i **costi** inerenti ad attività umane sono generalmente quelli **di ricerca ed estrazione del documento**, va chiarito che tali costi non possono essere posti interamente a carico dei richiedenti, neppure **in base all’art. 25, l. n. 241/1990**, che prevede la possibilità di imporre “**diritti di ricerca**” (da aggiungersi ai costi di riproduzione), ma intendendoli al più **come compartecipazione alle spese**, e non come prestazione di servizi a carattere commerciale

2. Regime dei costi

- Tar Piemonte, sez. II, 23 marzo 2021, n. 332
- Ciò può desumersi dall'**iter parlamentare** che ha portato all'approvazione del d.lgs. n. 97/2016 laddove il **testo finale** fa riferimento al più restrittivo concetto di "**costo effettivamente sostenuto** e documentato dall'amministrazione **per la riproduzione** su supporti materiali".
- Pertanto, è ragionevole sostenere che corrisponda alla voluntas legis **l'esclusione dei costi del personale** impiegato nella gestione delle pratiche di accesso, **inclusi quelli relativi all'attività di estrazione** dei dati e dei documenti dagli archivi, facendo gli stessi carico alla **fiscalità generale**.

2. Regime dei costi

- **Consiglio di Stato, sez. V, 15 giugno 2021, n. 4644**
- In attuazione del dato normativo, l'amministrazione, ha legittimamente previsto nel provvedimento di accoglimento dell'istanza di accesso la **corresponsione di una marca da bollo** da euro 0,26 a pagina
 - **solo per il rilascio di eventuali copie su supporto cartaceo** della documentazione richiesta
 - **e non per il rilascio dei documenti su supporto informatico.**

3. Eccezioni procedurali

3. Eccezioni procedurali

- a) **Richiesta generica**
- b) **Richiesta esplorativa**
- c) **Richiesta manifestamente onerosa o sproporzionata**
- d) **Richiesta massiva**
- e) **Richiesta vessatoria**
- f) **Richiesta reiterata**
- g) **Richiesta di documenti non posseduti o non esistenti**

a. Richiesta generica

➤ *Quando un'istanza può dirsi generica?*

- **Orientamento restrittivo: Tar Sicilia, sez. I, 5 marzo 2021, n. 775**
- È **inammissibile** una richiesta di accesso generalizzato volta a ottenere i documenti analizzati dall'amministrazione al fine di determinare l'operatività dell'accreditamento degli erogatori per il servizio di assistenza domiciliare.
- Come risulta dalla formulazione, la richiesta si appalesa **generica**, non avendo ad oggetto atti e documenti amministrativi esistenti e nella piena e immediata disponibilità dell'amministrazione, ancorché sia riferita ad atti concernenti un procedimento di carattere programmatico che riguarda anche la ricorrente.
- Le **istanze** di accesso, al contrario, **devono avere un oggetto determinato o quanto meno determinabile**, e non possono essere generiche, ovvero tali da non consentirne l'identificazione dei dati e/o dei documenti richiesti.

b. Richiesta esplorativa

- *Le richieste esplorative, ovvero tese a conoscere determinazioni future e ipotetiche dell'amministrazione, sono ammissibili?*
- **Orientamento restrittivo: Tar Sicilia, sez. I, 5 marzo 2021, n. 775**
- Le richieste devono riferirsi **a documenti già esistenti** 'in rerum natura', senza che possa ammettersi un'attività di elaborazione di dati o di formazione di documenti nuovi da parte dell'amministrazione intimata.
- Nella fattispecie risulta evidente che la ricorrente ha richiesto **documenti di soltanto ipotetica e dubbia esistenza**, peraltro rientranti nell'attività preparatoria/istruttoria prodromica all'adozione di atti generali di pianificazione e programmazione, per cui non è consentito l'accesso.

c. Richiesta manifestamente onerosa

- *Nel caso di richiesta eccessivamente onerosa o sproporzionata, cosa dovrebbe fare la p.a. prima di opporre un diniego?*

- **Tar Campania, sez. VI, 4 marzo 2021, n. 1496**

- Quanto alla eccezione relativa alla mancata delimitazione temporale dei documenti, va rilevato che **qualora l'istanza fosse risultata eccessivamente onerosa**, tale cioè da compromettere il buon andamento a causa dell'ampia mole di documenti richiesti, **si sarebbe potuto instaurare il contraddittorio con il ricorrente**, chiedendo di circoscriverne l'oggetto in modo da contemperare il suo interesse con quello dell'amministrazione.

d. - e. Richiesta massiva e richiesta vessatoria

- *Come distinguere le richieste massive da quelle eccessivamente onerose e da quelle vessatorie?*
- **Tar Puglia, sez. I, 5 maggio 2021, n. 818**
- **La richiesta non rientra nella nozione di c.d. “richieste massive plurime”** (che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi) **né di richiesta “massiva unica”** (contenente un numero cospicuo di dati o di documenti).
- L'istanza, infatti, benché rivolta a conoscere un numero cospicuo di documenti, risulta caratterizzata dalla circostanza che **si tratta di atti relativi a un oggetto circoscritto**, caratterizzati dalla posizione differenziata del richiedente
- **Neppure**, inoltre, **può riconoscersi la natura di richiesta c.d. “vessatoria o pretestuosa”**, dettata dal solo intento emulativo, in ragione della posizione di seconda classificata della ricorrente che le attribuisce una posizione differenziata.

f. Richiesta reiterata

- *In quali circostanze si può parlare di richiesta reiterata e quando invece la seconda istanza, nonostante il medesimo oggetto, è autonoma dalla prima?*
- **Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2021, n. 3162**
- Se da un lato mancata impugnazione del diniego nel termine non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego laddove a questo debba riconoscersi carattere meramente confermativo del primo, dall'altro **non si ha diniego meramente confermativo allorché la successiva istanza di accesso sia fondata su fatti nuovi e su di una diversa prospettazione** della legittimazione all'accesso.
- L'**ontologica differenza** che caratterizza l'accesso ex art. 22, l n. 241/1990 ed ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013 **impone di ritenere che le due istanze**, per quanto contenutisticamente analoghe, **non siano sovrapponibili** sotto il profilo soggettivo e dei presupposti, dovendosi riconoscere una novazione della domanda ostensiva.

g. Richieste di documenti non posseduti o non esistenti

- *Quali poteri ha il giudice amministrativo di fronte a richieste di accesso vertenti su documenti non posseduti o non esistenti?*
 - **Tar Lazio, sez. I-ter, 21 aprile 2021, n. 4658**
 - Sulla asserita incompletezza della documentazione pubblicata in riscontro alla richiesta di accesso, si evidenzia che **il giudice non può ordinare l'ostensione di documenti non meglio indicati**, la cui **esistenza è peraltro negata dall'amministrazione** intimata.
 - **Né è previsto** dalle disposizioni sull'accesso che il **giudice**, a fronte della inesistenza dei documenti dichiarata dall'amministrazione, **possa ordinare l'ispezione degli uffici alla ricerca dei documenti di cui si sospetta l'esistenza**.

g. Richieste di documenti non posseduti o non esistenti

- Tar Lazio, sez. III-quater, 15 giugno 2021, n. 7144
- Non può trovare accoglimento il ricorso avverso il diniego su una istanza di accesso civico generalizzato tesa a ottenere diversi **dati statistici relativi all'andamento della situazione epidemiologica da Covid-19 a livello nazionale**.
- Nel caso di specie non vi è stato alcun silenzio inadempimento, avendo l'amministrazione non solo riscontrato la domanda di accesso – informando l'istante di non essere in possesso dei dati richiesti (in particolare non sarebbe possibile ricostruire in forma sistematica e univoca le nozioni contenute nell'istanza, come quella di “patologie pregresse”, dal che si desumerebbe come i dati e le informazioni richieste non si troverebbero nella disponibilità del Ministero della salute) – ma ha **altresì proceduto a inoltrare la richiesta all'ente competente**, ovvero l'Istituto Superiore di Sanità.

4. Eccezioni relative e obbligo di motivazione

a. Richiesta di accesso a elenchi e/o registri tributari

- Tar Campania, sez. VI, 4 marzo 2021, n. 1496
- **Il rigetto** di una istanza di accesso generalizzato riguardante la copia degli elenchi e/o registri tributari **non chiarisce quale sia il pregiudizio concreto**, né **indica quale categoria di interessi si sia inteso tutelare.**
- Considerato che nella fattispecie non vengono in rilievo né la libertà e la segretezza della corrispondenza né, almeno in via diretta, gli interessi economici e commerciali, deve ritenersi che l'amministrazione abbia inteso riferirsi alla protezione dei dati personali, **senonché nella fattispecie non risulta alcuna reale esigenza di tutela, trattandosi di dati (relativi all'adempimento da parte di imprenditori dei loro obblighi tributari) che non rientrano nella categoria dei dati sensibili o giudiziari.**

a. Richiesta di accesso a elenchi e/o registri tributari

- Tar Campania, sez. VI, 4 marzo 2021, n. 1496
- **Non è invocabile l'ipotesi di esclusione assoluta** del diritto di accesso inerente ai **procedimenti tributari di cui all'art. 24, l. n. 241/1990**, richiamato dall'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013. Essendo i documenti amministrativi generalmente accessibili e costituendo le limitazioni del diritto **eccezione** a tale regola, queste ultime **devono essere interpretate in senso restrittivo**.
- Nel caso di specie, il ricorrente **non** ha chiesto di accedere ad atti di **procedimenti tributari ma a elenchi** che costituiscono la rappresentazione degli esiti dei procedimenti di verifica dell'adempimento degli obblighi tributari e che, quindi, si pongono al di fuori di questi procedimenti.
- Del resto, la tendenziale accessibilità, nei limiti previsti dalla normativa in materia di accesso, di elenchi relativi a contribuenti e a verifiche tributarie si desume dall'art. 69 del D.P.R. n. 600/1973.

b. Tutela delle relazioni internazionali

- Tar Lazio, sez. I-ter, 21 aprile 2021, n. 4658
- È legittimo il diniego opposto su una istanza di accesso civico generalizzato avente a oggetto **documenti inerenti l'attuazione del programma IBM**, finanziato dal Fondo Fiduciario dell'UE per l'Africa, volto a “intensificare le attività a sostegno delle guardie di frontiera e costiera libiche per migliorarne la capacità di gestire efficacemente le frontiere del paese”.
- Come affermato dal Consiglio di Stato (sent. n. 6028/2019) in un caso analogo, la **non ostensibilità** di tali documenti si desume dalle previsioni di cui all'art. 5-bis, comma 1, lett. a) e d), d.lgs. n. 33/2013, in combinato disposto con l'art. 24, comma 1, l. n. 241/1990 e con gli artt. 2, comma 1, lett. a), b) e 3, comma 1, lett. a) e d), D.M. n. 415/1994.

b. Tutela delle relazioni internazionali

- **Tar Lazio, sez. I-ter, 21 aprile 2021, n. 4658**
- Da un lato, il contenuto del progetto – le cui attività mirano alla fornitura di mezzi di trasporto, comunicazione ed equipaggiamento – e il coinvolgimento di uno Stato estero rendono applicabili i **limiti di cui all’art. 5-bis, comma 1**, venendo in evidenza **possibili pregiudizi concreti alla sicurezza ed all’ordine pubblico nonché alle relazioni internazionali**.
- Dall’altro, vengono in rilievo le preclusioni di cui al **D.M. n. 415/1994**, il quale **sottrae all’accesso**, fra l’altro, la “documentazione relativa agli accordi intergovernativi stipulati per la realizzazione di programmi militari di sviluppo, approvvigionamento e/o supporto comune o di programmi per la collaborazione internazionale di polizia”, le “dichiarazioni di riservatezza e relativi atti istruttori dei documenti archivistici concernenti la politica estera o interna”, le “relazioni di servizio ed altri atti o documenti presupposto per l’adozione degli atti o provvedimenti dell’autorità nazionale e delle altre autorità di pubblica sicurezza, nonché degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza”.

c. Interessi economici e commerciali

- Tar Sardegna, sez. I, 9 aprile 2021, n. 254
- È illegittimo il rigetto di una istanza di accesso generalizzato volta a ottenere **atti di gara**, formulata come accesso documentale e accesso civico generalizzato.
- Come precisato dall'Adunanza Plenaria n. 10/2020, l'accesso generalizzato non solo è consentito nella materia dei **contratti pubblici** ma **risulta doveroso** perché **connaturato all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della trasparenza reattiva**, soprattutto in relazione a quegli atti, rispetto ai quali non vigono i pur numerosi obblighi di pubblicazione (c.d. trasparenza proattiva) previsti.
- Se la ricorrente non ha alcuna legittimazione a proporre un accesso documentale che si risolva nel rimettere in discussione l'esito della gara, può comunque vantare un interesse tutelato ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013, a **conoscere gli atti che ineriscono la fase esecutiva del contratto**.

c. Interessi economici e commerciali

- Tar Sardegna, sez. I, 9 aprile 2021, n. 254
- Nella disciplina sull'accesso agli atti di gara la voluntas legis è quella di **escludere dall'ostensibilità** quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le **specifiche e riservate capacità tecnico-industriali** o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il **c.d. know how**), vale a dire l'insieme del "saper fare" e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza.
- Tale **limite è comunque subordinato all'espressa «manifestazione di interesse» da parte dell'interessato**, su cui incombe l'onere dell'allegazione di «motivata e comprovata dichiarazione», mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia.

d. Libertà e segretezza della corrispondenza

- Tar Lazio, sez. I-ter, 11 maggio 2021, n. 5463
- È legittimo il diniego parziale opposto a fronte di una istanza di accesso generalizzato relativa e ai **documenti scambiati all'interno di un gruppo di lavoro istituito all'interno dell'amministrazione**. Tra i limiti che giustificano il diniego della fattispecie rientrano quelli di cui all'art. 5-bis, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 33/2013, relativi alla tutela della **libertà e della segretezza della corrispondenza**.
- I contenuti della **corrispondenza presente sulla casella di posta elettronica personale** costituiscono surrogati di comunicazioni per vie brevi che **non sono di regola soggette a registrazione/verbalizzazione**. Esse peraltro esauriscono la loro funzione una volta giunte al destinatario e la **loro efficacia viene assorbita dalla attività istituzionale del gruppo di lavoro i cui esiti soltanto**, in quanto ricavabili da atti o da documentazione propriamente intesi, **sono rilevanti per le finalità di cui al d.lgs. n. 33/2013**.

d. Libertà e segretezza della corrispondenza

- **Tar Lazio, sez. I-ter, 11 maggio 2021, n. 5463**
- Anche ove si trattasse di bozze di proposte, le stesse, fintantoché non vengano formalizzate in un atto, frutto, verosimilmente, della riflessione congiunta, non sono attribuibili al gruppo di lavoro, unico soggetto la cui produzione documentale è soggetta all'obbligo di trasparenza. Si tratta inoltre di **documenti che l'amministrazione non detiene stabilmente**, ma che rimangono nella piena ed **esclusiva disponibilità e gestione autonoma di ciascun titolare della casella di posta elettronica** in dotazione e sono **assistiti da garanzie costituzionali di segretezza**.
- Il fatto che si tratti di **caselle di posta elettronica messe a disposizione dall'ufficio** non significa che i contenuti della corrispondenza rientrino tra quelli che l'amministrazione detiene istituzionalmente o che il singolo è obbligato a consegnare, in assenza di provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

e. Tutela dei dati personali e bilanciamento

- Tar Toscana, sez. III, 12 giugno 2021, n. 896
- Va accolto il ricorso avverso il rigetto di una istanza di accesso, presentata ai sensi dell'art. 22, l. n. 241/1990 e dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, avente a oggetto gli **atti di un procedimento edilizio**.
- **L'art. 5-bis, comma 2**, d.lgs. n. 33/2013 individua gli **interessi privati ostativi all'accesso**, fra cui la protezione dei dati personali; la libertà e la segretezza della corrispondenza; gli interessi economici e commerciali.
- Le allegazioni difensive dell'amministrazione **non si riferiscono ad alcuno di tali interessi** dei quali, avuto riguardo alla natura degli atti oggetto dell'istanza di ostensione, può ragionevolmente presumersi venga in considerazione la sola tutela della riservatezza della controinteressata.

e. Tutela dei dati personali e bilanciamento

- Tar Toscana, sez. III, 12 giugno 2021, n. 896
- Tale riservatezza deve in ogni caso reputarsi recessiva rispetto all'interesse di ogni cittadino a verificare che l'ente eserciti correttamente i propri poteri di vigilanza urbanistico-edilizia sul territorio di competenza e, conseguentemente, ad accedere alle singole pratiche inerenti la realizzazione di interventi abusivi, oltretutto già sanzionati, come nella specie.
- D'altro canto, non vi è alcun motivo di presumere che, in concreto, la pratica edilizia in questione contenga dati personali che non siano già conosciuti, a partire dall'identità della controinteressata o dal luogo del commesso abuso, ovvero, quanto alle caratteristiche delle opere abusive, che meritino di essere tutelati al punto da prevalere nel bilanciamento con l'interesse generale sopradescritto.

www.foia.gov.it

Progetto "Centro di competenza FOIA"- CUP J54F18000000007, iniziativa del Dipartimento della funzione pubblica-Presidenza del Consiglio dei Ministri, finanziata a valere sul PON Governance e capacità istituzionale 2014-2020.