



Centro di competenza FOIA

Webinar 25 Giugno 2020 - ore 15:00

*FOIA: i nodi irrisolti della giurisprudenza amministrativa a
valle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*

I recenti orientamenti della Giurisprudenza sul FOIA

Mario SAVINO

Professore ordinario in Diritto amministrativo

Università degli Studi della Tuscia

Coordinatore dell' area giuridica del Centro di competenza FOIA

Dipartimento della funzione pubblica



I 5 temi che tratteremo



1. Il FOIA è applicabile al settore dei contratti pubblici?
2. Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?
3. L'applicazione delle eccezioni c.d. assolute: rilevano ancora i regolamenti *ex art. 24, c. 2, della legge 241/1990*?
4. L'applicazione delle eccezioni c.d. relative: come motivare un diniego?
5. Le richieste eccessivamente onerose: come trattarle?





1

Il FOIA è applicabile al settore dei contratti pubblici?



1) Il FOIA è applicabile al settore dei contratti pubblici?



Le norme rilevanti

- **Art. 53, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici)**

*«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**»*

- **Art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. decreto trasparenza)**

*Il diritto di accesso civico generalizzato «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**»*



1) Il FOIA è applicabile al settore dei contratti pubblici?



1º orientamento (superato) - Consiglio di Stato, sez. V, n. 5502-5503/2019

L'accesso civico generalizzato è **escluso rispetto agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.**

Tale conclusione è suffragata dal **dato letterale** e dalla tecnica redazionale del **co. 3 dell'art. 5-bis**, in cui le ipotesi di esclusione previste laddove “l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti”, assumono rilievo autonomo rispetto alla previsione che riguarda “gli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge”, **riferendosi proprio alle discipline speciali** vigenti che dettano apposite regole in tema di accesso, nel caso di specie all'art. 53 del Codice dei contratti pubblici.



1) Il FOIA è applicabile al settore dei contratti pubblici?



Tar Piemonte, sez. I, 11 marzo 2020, n. 186: conforme al 1° orientamento (MA prima della Plenaria)

È legittimo il diniego opposto a una istanza di accesso civico generalizzato, tesa a ottenere la **documentazione relativa all'esecuzione di un servizio pubblico**.

La disciplina vigente induce a escludere l'applicabilità assoluta dell'accesso civico generalizzato agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, anche **ai sensi dell'art. 53** del d.lgs. n. 50/2016, dovendosi negare la sussistenza di un **interesse diretto, concreto e attuale**, con riferimento agli atti e ai documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale, rispetto all'impresa che vi è rimasta estranea e che, in mancanza di un provvedimento di risoluzione adottato dalla stazione appaltante, neppure potrebbe vantare un ipotetico interesse al subentro.



2. L'applicabilità del FOIA alla materia dei contratti pubblici



Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10/2020: accolto il 2° orientamento

- **l'accesso generalizzato, quale via elettiva della trasparenza, soddisfa ampiamente il diffuso desiderio conoscitivo finalizzato alla garanzia della legalità nei contratti pubblici (...)**
- **l'accesso generalizzato non solo è consentito, in questa materia, ma è doveroso perché connaturato, per così dire, all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della c.d. trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti rispetto ai quali non vigono obblighi di pubblicazione (c.d. trasparenza proattiva).**
- **una interpretazione sistematica dell'art. 5-bis comma 3, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, impone un approccio restrittivo ai limiti, che non può condurre a esentare dall'accesso generalizzato intere materie**



2. L'applicabilità del FOIA alla materia dei contratti pubblici



Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10/2020: accolto il 2° orientamento

- il **limite della materia** non è previsto espressamente dal legislatore e quindi configurerebbe una **eccezione assoluta non ammissibile**, stante la **riserva di legge** in materia ai sensi dell'art. 10 CEDU
- **l'art. 53, comma 2**, del d. lgs. n. 50 del 2016 **prevede** infatti **che il diritto di accesso sia semplicemente differito**, in relazione al nominativo dei soggetti che hanno presentato offerte, alle offerte e al procedimento di verifica dell'anomalia, **fino all'aggiudicazione**
- **venute meno le ragioni dei limiti** dell'art. 53, **l'accesso civico generalizzato opera di diritto**, senza che sia necessaria una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie.



2. L'applicabilità del FOIA alla materia dei contratti pubblici



Conclusioni

1. Le eccezioni assolute di cui al **co. 3 dell'art. 5-bis** del decreto trasparenza devono essere **interpretate restrittivamente** e non consentono di **esentare in toto una materia dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato**
2. Fermi i **divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53** del d.lgs. n. 50/2016, **l'accesso civico generalizzato è applicabile** ai documenti inerenti ai **contratti pubblici**, inclusi quelli relativi all'esecuzione dei medesimi





2

Le finalità di una richiesta FOIA:
solo pubbliche
o anche private/egoistiche?



2) Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?



- *È possibile rigettare una richiesta di accesso civico generalizzato quando l'interesse che la sorregge non è pubblico ma privato/egoistico?*

La norma rilevante: l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013

*«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»*



2) Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?



1° orientamento (superato): Consiglio di Stato, sez. V, n. 1121/2020

- **Lo strumento in esame può essere utilizzato solo per** evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi della collettività [indicate dall'art. 5, c. 2], **non** anche a favore di **interessi riferibili a singoli** individui od enti associativi.
- Il presupposto di ammissibilità dell'istanza di accesso civico generalizzato è costituito dalla **strumentalità alla tutela di un interesse generale** (ad es., controllo diffuso).
- **L'istanza va disattesa ove tale interesse non emerga in modo evidente**, oltre che nel caso in cui la stessa sia stata proposta per finalità di carattere individuale.



2) Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?



2° Orientamento (antecedente alla Plenaria e ad essa conforme)

Tar Lombardia, n. 10/2020

- La **finalità** che spinge il richiedente a presentare l'istanza **non è sindacabile**
- Il **controllo diffuso** di cui parla la legge **non è da riferirsi alla singola domanda** ma è il **risultato complessivo** cui aspira la riforma sulla trasparenza, che, ampliando la possibilità di conoscere l'attività amministrativa, favorisce forme diffuse di controllo e una maggiore partecipazione dei cittadini

Tar Campania, n. 604/2020

- **Anche** richieste presentate per **finalità egoistiche** (purché non emulative o di mera curiosità) **possono favorire un controllo diffuso** sull'amministrazione
- La circostanza che la **richiesta** sia reputata come **egoistica** non può rappresentare di per sé un **limite**, in quanto **non previsto** dal legislatore



2) Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?



Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10/2020: accoglie il 2° orientamento

- **Non** si deve **confondere** la *ratio* dell'istituto **con l'interesse del richiedente**
- **L'interesse** del richiedente **non necessariamente** deve essere **altruistico**
- **Né** deve sottostare a un **giudizio di meritevolezza**, benchè certamente non debba essere pretestuoso o contrario a buona fede.



2) Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?



Tar Calabria, sez. II, 8 aprile 2020, n. 553 : successivo (?) e contrario alla Plenaria

- **Documenti relativi a procedimenti disciplinari** avviati nei confronti di personale ospedaliero non sono accessibili in quanto **non riconducibili a immediati profili di pubblico interesse**
- L'accesso generalizzato **può essere utilizzato soltanto per:**
 - favorire forme di **controllo diffuso** sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche
 - promuovere la **partecipazione** al dibattito pubblico



2) Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?



Consiglio di Stato, sez. IV, 13 maggio 2020, n. 3012 : successivo e contrario alla Plenaria

- diniego di accesso generalizzato a documenti relativi all'archiviazione di un **procedimento disciplinare avviato nei confronti di un magistrato**
- il diritto di accesso civico generalizzato **può essere utilizzato solo per** chiare e esclusive ragioni di **tutela di interessi della collettività** e non anche a favore di interessi riferibili a singoli individui o enti associativi.
- **sebbene la legge non chieda all'interessato di motivare l'istanza** di accesso generalizzato, **la stessa va disattesa se** non risulta la rispondenza al soddisfacimento di un interesse che presenti valenza pubblica



2) Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?



Tar Lazio, sez. I-ter, 29 aprile 2020, n. 4381: successivo e contrario alla Plenaria

- **I dati relativi a tutti i centri di accoglienza per richiedenti asilo sono accessibili ove risulti in modo chiaro la rispondenza della richiesta al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica**
- **la richiesta di taluni dati** (es. denominazione, indirizzo, capienza, tipologia della struttura, ente gestore, numero di presenze in un dato periodo, disciplina seguita per l'affidamento, costi) **va accolta in quanto rispondente a un interesse generale**
- **la strumentalità** rispetto all'interesse della collettività **non si ravvisa invece per i restanti dati (partite iva e codici fiscali degli enti gestori)**
 - **DOMANDA (applicabile anche ai 2 casi precedenti): non bastava, per questi ultimi dati, applicare l'eccezione relativa alla protezione dei dati personali (art. 5-bis, c. 2, lett. a)?**



2) Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?



Tar Campania, Salerno, sez. I, 25 maggio 2020, n. 583: successivo e contrario alla Plenaria

- diniego di accesso alla documentazione sulla **gestione dei fondi** in favore delle popolazioni colpite da eventi **sismici** ai sensi della l. n. 219/1981
- **sebbene non manchino posizioni tese a escludere qualsivoglia “funzionalizzazione”** dell’accesso al raggiungimento delle finalità indicate nell’art. 5, co. 2, d.lgs. n. 33/2013, lo strumento in esame **può essere utilizzato**, come nel caso in esame, **solo per evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi propri della collettività**, da considerare quale **unico presupposto di ammissibilità** dell’istanza
 - **2 DOMANDE:**
 - *In questo caso, le ragioni di pubblico interesse non sarebbero evidenti?*
 - *E perché dovrebbero anche essere esclusive?*



2) Le finalità di una richiesta FOIA: solo pubbliche o anche private/egoistiche?



Conclusioni

1. **qualunque fine** della richiesta, anche egoistico (ad es. commerciale), è **ammissibile**
2. **la PA non deve accertare** quale sia il fine o interesse del richiedente
3. **l'interprete/operatore del diritto non può «creare» limiti aggiuntivi** rispetto a quelli indicati dall'art. 5-bis, c. 1-3,





3

L'applicazione delle eccezioni c.d.
assolute: rilevano ancora i
regolamenti *ex art. 24, c. 2, della
legge 241/1990?*



3) L'applicazione delle eccezioni c.d. assolute: rilevano i regolamenti ex art. 24, c. 2, della legge 241/1990?



Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10/2020

- il rinvio dell'art. 5-bis, co. 3, all'art. 24, co. 1, l. 241/1990 non può estendersi al comma 2 dello stesso art. 24, cioè ai **regolamenti ministeriali che disciplina le eccezioni all'accesso procedimentale**
- tali regolamenti sono **inapplicabili al FOIA**, in virtù del carattere **fondamentale** di tale diritto e della **riserva di legge** desumibile dall'art. 10 CEDU



3) L'applicazione delle eccezioni c.d. assolute: rilevano i regolamenti ex art. 24, c. 2, della legge 241/1990?



Consiglio di Stato, sez. IV, 20 aprile 2020, n. 2496: successivo e contrario alla Plenaria

- istanza di accesso generalizzato per ottenere il **numero totale di ore/persona impiegate dalla Guardia di Finanza** in attività di produzione dei servizi istituzionali nel territorio nazionale, espressi **in forma aggregata**
- **Diniego legittimo**, ex art. 5-bis, co. 3, d.lgs. n. 33/2013, nella parte in cui richiama i casi di divieto di cui all'art. 24, co. 1, l. n. 241/1990
- I dati richiesti sono riferiti all'intera filiera organizzativa a livello territoriale. In proposito, il **d.m. 29 ottobre 1996, n. 603**, annovera tra le categorie di atti sottratti dall'accesso la documentazione suscettibile di rivelare gli aspetti organizzativi e il funzionamento, nonché i mezzi e le dotazioni dei servizi di polizia, a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e per la repressione della criminalità.



3) L'applicazione delle eccezioni c.d. assolute: rilevano i regolamenti ex art. 24, c. 2, della legge 241/1990?



Consiglio di Stato, sez. IV, 13 maggio 2020, n. 3012: successivo e contrario alla Plenaria

- **Caso già incontrato:** diniego di documenti relativi all'archiviazione di un procedimento disciplinare avviato nei confronti di un magistrato
- la **documentazione** in oggetto rientra fra quella **esclusa ai sensi dell'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, nella parte in cui rinvia alla disciplina dettata dall'art. 24, comma 1, l. n. 241/1990**
- in particolare, **l'art. 4, comma 1, lett. i), D.M. 25 gennaio 1996, n. 115** esclude l'accesso ai documenti riguardanti ai procedimenti disciplinari nei confronti del personale dipendente, tra i quali rientra il provvedimento di archiviazione.



3) L'applicazione delle eccezioni c.d. assolute: rilevano i regolamenti ex art. 24, c. 2, della legge 241/1990?



Circolare FOIA n. 1/2019

- **Fondamento del FOIA:** art. 10 CEDU, che prevede una riserva di legge in tema di limiti alla libertà di espressione e alle pretese ancillari (es. FOIA)
- **Dal carattere fondamentale del diritto di accesso generalizzato deriva che le PA:**
 - POSSONO disciplinare i profili procedurali e organizzativi di carattere interno
 - NON POSSONO disciplinare i limiti, che incidono sull'estensione del diritto
 - NON POSSONO individuare con regolamento categorie di atti sottratte al FOIA
 - Esclusiva attribuzione alle Linee guida ANAC del potere di fornire indicazioni operative per l'applicazione delle esclusioni e dei limiti all'accesso generalizzato
- Il riferimento ai **regolamenti ex art. 24, c. 2, l. 241/1990**
 - **non basta a respingere un'istanza** di accesso generalizzato
 - **MA può valere come ausilio interpretativo** nella valutazione delle esclusioni dei limiti all'accesso civico generalizzato indicati dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013





4

L'applicazione delle eccezioni c.d. relative: come motivare un diniego?



4) L'applicazione delle eccezioni c.d. relative: come motivare un diniego?



Consiglio di Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2309: pronuncia esemplare

- documentazione su **accordo fra il MAE e un'organizzazione internazionale (IOM)**, su un programma di **gestione della crisi migratoria in Libia**
- **illegittimo il diniego** parziale di accesso ai **documenti inerenti alla destinazione dei fondi** attribuiti all'organizzazione, in quanto la loro diffusione avrebbe potuto causare un **pregiudizio alla tutela delle relazioni internazionali** dell'Italia con la IOM
- Il **sindacato del giudice** amministrativo **non** può essere **meramente estrinseco**, dato che il provvedimento di diniego, motivato in base alla semplice allegazione dell'interesse da tutelare, **sarebbe insindacabile** in sede giurisdizionale
- **Qualora** ritenga che nei documenti oggetto di istanza di accesso siano presenti **informazioni riservate**, l'amministrazione **può**:
 - **dichiarare segreti** gli atti, ai sensi delle norme speciali (art. 42, l. n. 124/2007),
 - **applicare i limiti** di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, d.lgs. n. 33/2013, all'esito di un'attività di **bilanciamento**.
 - **In caso contrario**, il diniego risulta immotivato.



3) L'applicazione delle eccezioni c.d. assolute: rilevano i regolamenti ex art. 24, c. 2, della legge 241/1990?



Consiglio di Stato, sez. IV, 20 aprile 2020, n. 2496: successivo e contrario alla Plenaria

- istanza di accesso generalizzato per ottenere il **numero toti ore/persona impiegate dalla Guardia di Finanza** in attività di produzione dei servizi istituzionali nel territorio nazionale, espressi **in forma aggregata**
- **Diniego legittimo (anche) in quanto** i dati richiesti sono riferiti all'intera filiera organizzativa a livello territoriale e la **loro diffusione** – unita ai dati già pubblici e all'utilizzo delle tecnologie – **potrebbe comporterebbe un pregiudizio concreto** alla tutela degli interessi protetti dall'art. 5-bis, co. 1, d.lgs. n. 33/2013, in particolare **difesa nazionale, sicurezza pubblica e ordine pubblico.**
 - **DOMANDE:**
 - *in che cosa consisterebbe il pregiudizio concreto a tali interessi?*
 - *si tratta di un pregiudizio ragionevolmente prevedibile o meramente eventuale?*





5

Le richieste eccessivamente onerose: come trattarle?



5) Le richieste eccessivamente onerose: come trattarle?



Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2020 n. 2129: pronuncia esemplare

- istanza di accesso civico generalizzato volta a ottenere un'**ampia mole** di documenti relativi al servizio di raccolta dei **rifiuti urbani**
- illegittimo il provvedimento di diniego che:
 - **non fornisca una motivazione** adeguata **circa il pregiudizio al buon andamento** dell'azione amministrativa
 - e **non sia preceduto da un dialogo cooperativo** con il richiedente al fine di circoscrivere l'oggetto dell'istanza
- In sede di ottemperanza si dispone che:
 - il **richiedente provveda alla individuazione** degli atti che soddisfino il suo interesse conoscitivo entro trenta giorni
 - **l'amministrazione metta a disposizione** di quest'ultimo la documentazione nell'ulteriore termine di sessanta giorni





Centro di competenza FOIA

Grazie per l'attenzione

www.foia.gov.it

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.

Aspetti tecnico-organizzativi a cura di: FORMEZ PA nell'ambito del progetto «Riformattiva» - CUP J59J17000090007. iniziativa del Dipartimento della funzione pubblica-Presidenza del Consiglio dei Ministri, finanziata a valere sul PON Governance e capacità istituzionale 2014-2020.

