



Centro di competenza FOIA

Giurisprudenza amministrativa e FOIA: Aggiornamento sui recenti orientamenti di TAR e Consiglio di Stato

Mario SAVINO – m.savino@governo.it

*Professore ordinario di diritto amministrativo – Università della Tuscia
Coordinatore dell'area giuridica del Centro di competenza FOIA*

Dipartimento della funzione pubblica

Mario FILICE – m.filice@governo.it

*Ph.D. e referente dell'Osservatorio giuridico del Centro di competenza FOIA
Dipartimento della funzione pubblica*

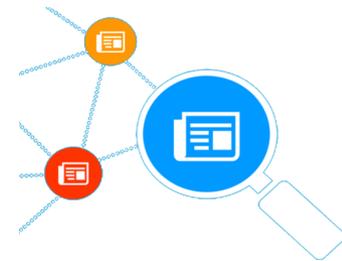


I TEMI



- 1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento**
- 2. Richieste generiche e onere di indicazione dei documenti**
- 3. Oggetto della richiesta e dialogo cooperativo**
- 4. Inerzia dell'amministrazione e decorso dei termini**





1

Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento



1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento



- È possibile richiedere tramite accesso civico generalizzato dati relativi alla pandemia?

1° Caso: i bollettini emanati dalla Protezione civile

Tar Lazio, sez. I-quater, 25 giugno 2020, n. 7174

È **inammissibile** il ricorso avverso il diniego di **accesso ai bollettini della Protezione civile** riguardanti il numero dei deceduti a causa del Covid-19 che si trovavano in terapia intensiva e quello dei deceduti in casa con sintomi gravi, nonché il numero dei deceduti rimasti a casa per scelta o rifiutati dagli ospedali o non sottoposti a tampone nonostante la richiesta.



1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento



- È possibile richiedere tramite accesso civico generalizzato dati relativi alla pandemia?

1° Caso: i bollettini emanati dalla Protezione civile

Tar Lazio, sez. I-quater, 25 giugno 2020, n. 7174

I **bollettini non sono provvedimenti amministrativi**, bensì espressione di un'attività di informazione al pubblico con risposte della Protezione civile alle domande dei giornalisti. La risposta a tali domande e l'eventuale **omessa risposta non sono esercizio di un potere di supremazia della p.a. nei confronti del privato** e non ledono, quindi, alcuna posizione di interesse legittimo.

Dalla impossibilità di impugnare tale attività **discende anche la inammissibilità della connessa domanda di condanna dell'amministrazione al rilascio** di un provvedimento richiesto.





1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento

- È possibile richiedere tramite accesso civico generalizzato dati relativi alla pandemia?

2° Caso: i verbali del Comitato tecnico-scientifico

Tar Lazio, sez. I-quater, 22 luglio 2020, n. 8615

È **illegittimo il diniego** opposto dalla **Protezione civile** alla richiesta di accedere ai **verbali del Comitato tecnico-scientifico** inerenti alle misure volte a contenere la diffusione del Covid-19 sul territorio nazionale.

Non può essere accolta, infatti, **l'esclusione** in forza del rinvio operato dal **comma 3, dell'art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013, al comma 1, dell'art. 24, l. n. 241/1990** e, in particolare, alla lett. c), che sottrae all'accesso l'attività della pubblica amministrazione "diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione [...]".





1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento

- È possibile richiedere tramite accesso civico generalizzato dati relativi alla pandemia?

2° Caso: i verbali del Comitato tecnico-scientifico Tar Lazio, sez. I-quater, 22 luglio 2020, n. 8615

Ciò in quanto **tali atti**, come gli stessi DPCM alla cui emanazione sono risultati propedeutici, **non possono essere qualificati come atti normativi**, essendo privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento, né come atti amministrativi generali, con i quali hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari.

Per le medesime ragioni, **una esclusione non può essere giustificata in forza del DPCM n. 143/2011**, che sottrae dall'accesso alcuni atti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, fra i quali i "documenti [...] concernenti il lavoro di commissioni, organi collegiali, gruppi di studio e di lavoro, qualora finalizzati all'adozione di atti normativi, di atti amministrativi generali e di atti di pianificazione e di programmazione" (all'art. 1, comma 1, sub b).



1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento



- È possibile richiedere tramite accesso civico generalizzato dati relativi alla pandemia?

2° Caso: i verbali del Comitato tecnico-scientifico

Tar Lazio, sez. I-quater, 22 luglio 2020, n. 8615

Al contrario, l'Amministrazione non ha motivato il diniego con riferimento né a esigenze oggettive di segretezza, né a prevalenti interessi pubblici o privati, tali da far recedere l'interesse alla trasparenza, che va dunque salvaguardato, specie in una vicenda di rilevante impatto sociale come quella in esame.





1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento

- È possibile richiedere tramite accesso civico generalizzato dati relativi alla pandemia?

2° Caso: i verbali del Comitato tecnico-scientifico Consiglio di Stato, sez. III, 31 luglio 2020, 4574

Va **sospesa l'esecuzione della sentenza** che si è espressa sul diniego di accesso generalizzato ad alcuni verbali del comitato tecnico-scientifico sull'emergenza sanitaria da Covid-19, in virtù delle seguenti considerazioni.

In primo luogo, posto che la normativa e gli **atti** adottati durante l'emergenza sono caratterizzati da una **assoluta eccezionalità**, è **impossibile applicare** definizioni e regole specifiche caratterizzanti le **categorie tradizionali** quali “atti amministrativi generali” ovvero “ordinanze contingibili e urgenti”, pur avendo alcuni elementi di tali categorie.



1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento



- È possibile richiedere tramite accesso civico generalizzato dati relativi alla pandemia?

2° Caso: i verbali del Comitato tecnico-scientifico Consiglio di Stato, sez. III, 31 luglio 2020, 4574

In secondo luogo, rilevato che i verbali hanno il carattere di atti prodromici alla adozione di D.P.C.M. volti a fronteggiare la pandemia, **la domanda di accesso e l'istanza cautelare devono essere valutate in base a una interpretazione costituzionalmente orientata.**

In particolare, seppure questi ultimi hanno costituito il presupposto per l'adozione di misure restrittive di diritti individuali, **essi non contengono elementi che la stessa appellante abbia motivatamente indicato come segreti [...].**





1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento

- È possibile richiedere tramite accesso civico generalizzato dati relativi alla pandemia?

2° Caso: i verbali del Comitato tecnico-scientifico Consiglio di Stato, sez. III, 31 luglio 2020, 4574

Inoltre, le valutazioni tecnico-scientifiche si riferiscono a periodi temporali superati e la stessa Amministrazione, riservandosi una volontaria ostensione, fa comprendere di non ritenere in esse insiti elementi di segretezza da opporre agli stessi cittadini; **non si comprende perché si debba includere tali atti atipici nel novero di quelli sottratti alla generale regola di trasparenza**, giacché la recente normativa prevede come regola l'accesso e come eccezione la non accessibilità, limitata a categorie di atti da interpretare restrittivamente.

In mancanza della inclusione di tali verbali tra le categorie sottratte all'ostensione, la valutazione non può essere affidata alla facoltà dell'Amministrazione di rilasciare i documenti al termine dell'emergenza.



1. Dati relativi alla pandemia e tecniche di bilanciamento



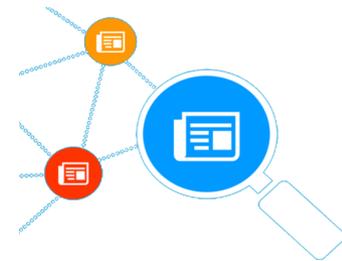
- È possibile richiedere tramite accesso civico generalizzato dati relativi alla pandemia?

2° Caso: i verbali del Comitato tecnico-scientifico Consiglio di Stato, sez. III, 31 luglio 2020, 4574

Considerato, tuttavia, quanto alla domanda di sospensione della sentenza, che la stessa dispone l'esibizione dei verbali, si determina che solo con l'accoglimento dell'istanza cautelare si possa evitare l'effetto di far conseguire alle parti in modo definitivo l'utilità attesa, rendendo inutile la discussione collegiale sulla istanza cautelare medesima e la stessa definizione nel merito della lite.

Per queste ragioni, impregiudicata quanto al "*fumus boni juris*" ogni soluzione da assumere in sede collegiale anche alla luce dei punti problematici indicati, **è necessario che l'esecutività della sentenza e, quindi, dell'ordine di esibizione sia sospesa fino alla discussione in camera di consiglio e in contraddittorio tra le parti.**



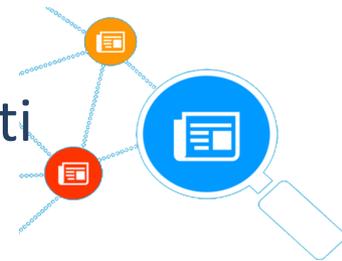


2

Richieste generiche e onere di indicazione dei documenti



2. Richieste generiche e onere di indicazione dei documenti



- Il richiedente ha l'onere di identificare chiaramente i dati e/o i documenti nell'istanza di accesso civico generalizzato?

La disposizione rilevante

- **Art. 5, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. decreto trasparenza)**
«L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente. **L'istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione [...]**»



2. Richieste generiche e onere di indicazione dei documenti



- Il richiedente ha l'onere di identificare chiaramente i dati e/o i documenti nell'istanza di accesso civico generalizzato?

Tar Campania, sez. VI, 26 giugno 2020, n. 2668

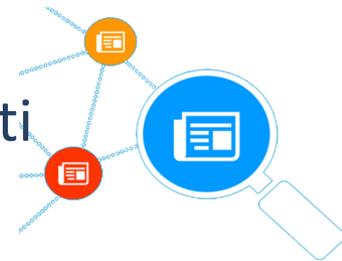
È **illegittimo il silenzio** su una istanza di accesso cumulativa (sia come accesso procedimentale sia come accesso civico generalizzato), volta a ottenere dati relativi all'utilizzo di accantonamenti e avanzi di gestione di determinate ASL.

Da un lato, **l'istanza**, pur non individuando con esattezza i documenti richiesti, **non è qualificabile come generica** in quanto **fornisce gli elementi per circoscrivere l'oggetto della richiesta** e, d'altra parte, l'accesso può servire proprio allo scopo di sapere se taluni documenti esistano o meno.

Dall'altro, **l'obbligo di ostensione** che grava sull'amministrazione **incontra il limite della materiale esistenza dei documenti stessi**, poiché l'amministrazione non può essere obbligata a un adempimento impossibile (nel caso di materiale inesistenza), né a elaborare dati in suo possesso per formare nuovi documenti.



2. Richieste generiche e onere di indicazione dei documenti



- Il richiedente ha l'onere di identificare chiaramente i dati e/o i documenti nell'istanza di accesso civico generalizzato?

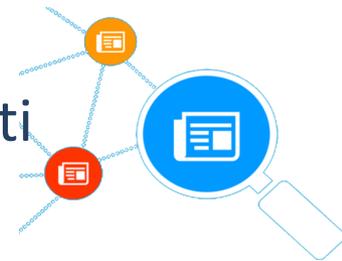
Tar Campania, sez. VI, 26 giugno 2020, n. 2668

Sicché, per la **parte di documentazione esistente e in suo possesso**, l'amministrazione **ha l'obbligo di fornire la copia al richiedente**, previo pagamento dei diritti di ricerca e/o visura e delle spese di riproduzione.

In caso di inesistenza totale o parziale della documentazione richiesta, l'ente rilascerà una certificazione attestante tale circostanza.



2. Richieste generiche e onere di indicazione dei documenti



- Nel caso di documenti inesistenti o non posseduti, su chi grava l'onere della prova?

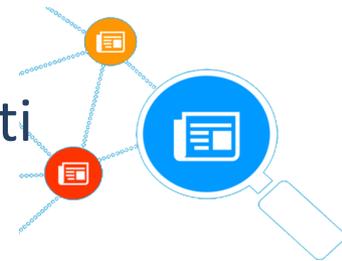
1° orientamento: Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5256

È **infondato l'appello** proposto nei confronti della sentenza con cui stato reputato legittimo il diniego opposto a una istanza di accesso cumulativa ai sensi della l. n. 241/1990 e di accesso civico generalizzato volta ad ottenere l'indicazione aggiornata del responsabile del procedimento relativo a una procedura esecutiva immobiliare.

Rispetto a quest'ultima domanda, va condiviso l'impianto motivazionale della sentenza impugnata giacché **l'appellante non ha fornito alcuna prova né alcun elemento indiziario circa l'esistenza di atti ulteriori nella disponibilità dell'amministrazione e da quest'ultima non rilasciati.**



2. Richieste generiche e onere di indicazione dei documenti



- Nel caso di documenti inesistenti o non posseduti, su chi grava l'onere della prova?

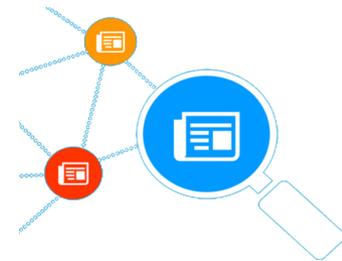
2° orientamento: Tar Campania, sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3247

È **improcedibile**, per rinuncia di parte, il ricorso avverso il silenzio serbato dall'amministrazione su una istanza di accesso generalizzato volta ad ottenere documenti che l'amministrazione asserisce essere inesistenti.

Il diritto di accesso presuppone che il documento richiesto esista. È ovvio, tuttavia, che **chi formula un'istanza potrebbe anche ignorare dell'inesistenza del documento richiesto**. Del resto, **l'esercizio di tale diritto ha proprio la funzione di permettere all'interessato di acquisire informazioni**.

In considerazione di ciò, allorché l'interessato richieda l'esibizione di un documento inesistente (o non più esistente), **l'amministrazione ha l'obbligo di certificare tale circostanza al richiedente**.



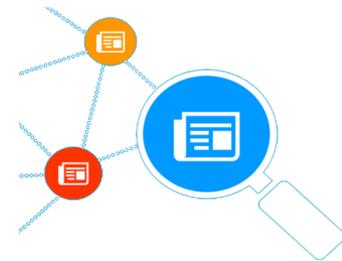


3

Oggetto della richiesta e dialogo cooperativo



3. Oggetto della richiesta e dialogo cooperativo



- Come individuare l'oggetto di una richiesta di accesso civico generalizzato?

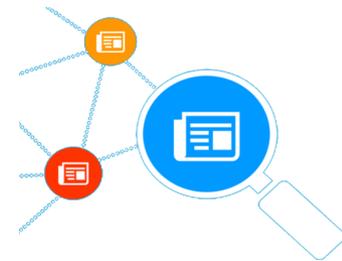
Le previsioni rilevanti

- **Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. decreto trasparenza)**

*«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».*



3. Oggetto della richiesta e dialogo cooperativo



- Come individuare l'oggetto di una richiesta di accesso civico generalizzato?

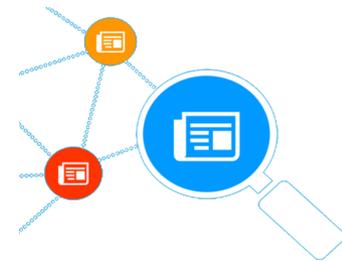
Le previsioni rilevanti

- **Par. 8, Circolare n. 2/2017 del Ministro della pubblica amministrazione**

*L'accesso civico generalizzato «pone a carico delle pubbliche amministrazioni l'obbligo di **erogare un servizio conoscitivo**, che consiste nel condividere con la collettività il proprio patrimonio di informazioni secondo le modalità indicate dalla legge. **Per realizzare questo obiettivo** e, più in generale, le finalità di partecipazione e accountability proprie del c.d. modello FOIA, è auspicabile che le amministrazioni si adoperino per soddisfare l'interesse conoscitivo su cui si fondano le domande di accesso, evitando atteggiamenti ostruzionistici. Nel trattare una richiesta, **è necessario che l'amministrazione instauri un "dialogo cooperativo" con il richiedente [...]**»*



3. Oggetto della richiesta e dialogo cooperativo



Tar Campania, sez. VI, 30 luglio 2020, n. 3418

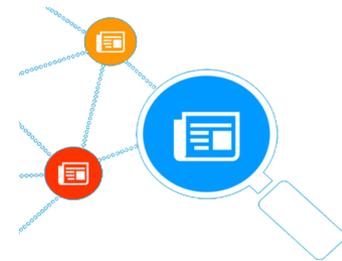
A fronte di una richiesta di accesso civico generalizzato volta a ottenere il rilascio di documenti relativi a un progetto di intervento per l'utilizzo idropotabile di un invaso, soddisfatta solo in parte dalle tre amministrazioni interpellate, il giudice ha ritenuto **fondato il ricorso**.

In primo luogo, posto che **i documenti richiesti non rientrano nei casi di esclusione dell'accesso** (e comunque nessun resistente ne ha sostenuto la non accessibilità), **il ricorrente ha titolo ad averne copia** da parte non solo dell'ente che li ha formati ma anche da parte di qualsiasi altro ente che li detenga e quindi ne abbia la materiale disponibilità.

Pertanto, la domanda è **infondata** nei confronti **dell'ente che non aveva la disponibilità** dei documenti richiesti e che, tuttavia, **in un'ottica di cooperazione, avrebbe dovuto indicare al richiedente gli enti competenti cui rivolgersi**.



3. Oggetto della richiesta e dialogo cooperativo



Tar Campania, sez. VI, 30 luglio 2020, n. 3418

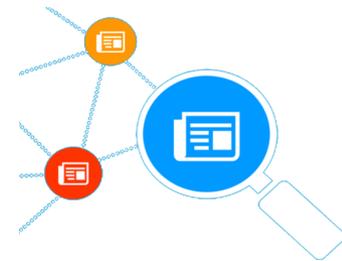
La domanda è invece **fondata** nei confronti **degli altri enti intimati**, i quali, nel dare riscontro all'istanza di accesso, **hanno rilasciato solo parte dei documenti richiesti, senza fornire alcuna indicazione in ordine a quelli non esibiti** o alla difficoltà di individuarli e/o reperirli in ragione dell'insufficiente specificazione della istanza.

A tal proposito, anzi, **l'istanza appare sufficientemente specifica**, non potendosi esigere da chi esercita il diritto di accesso l'esatta indicazione di tutti gli estremi degli atti richiesti, ma soltanto l'indicazione degli elementi sufficienti a identificare questi ultimi.

Qualora l'amministrazione avesse avuto difficoltà a individuare l'oggetto della richiesta, avrebbe potuto invitare il richiedente a integrare e precisare la sua richiesta, **instaurando il c.d. dialogo collaborativo**.



3. Oggetto della richiesta e dialogo cooperativo



- Il dialogo collaborativo, dunque, costituisce una mera facoltà o un obbligo?

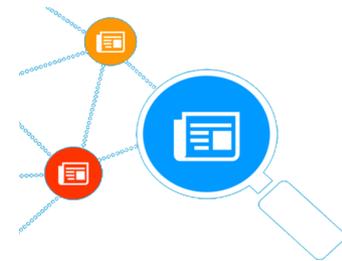
1° orientamento (tesi della facoltatività): Tar Lazio, n. 2811/2020

È illegittimo il rigetto di una istanza di accesso civico generalizzato, **volta a** ottenere dati in forma disaggregata relativi alle partecipazioni televisive di partiti, loro esponenti e membri di Governo. **I dati richiesti non necessitano di attività di rielaborazione**, coincidendo con quelli oggetto delle rilevazioni commissionate a una società specializzata, di cui l'amministrazione è in possesso.

L'accesso civico generalizzato non può essere negato invocando un intralcio dell'azione amministrativa, **potendo l'amministrazione instaurare un dialogo collaborativo con il richiedente.**



3. Oggetto della richiesta e dialogo cooperativo



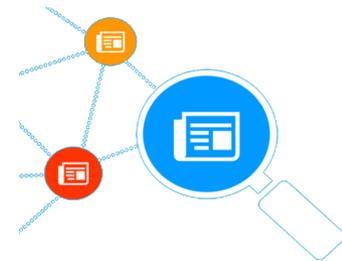
- Il dialogo collaborativo, dunque, costituisce una mera facoltà o un obbligo?

2° orientamento (tesi dell'obbligatorietà): Tar Campania, n. 928/2020

Quando l'istanza è formulata in modo poco chiaro, l'amministrazione dovrebbe considerare che il cittadino può non possedere conoscenze giuridiche e che sussiste in ogni caso un **dovere di assistenza**. Al contrario, rispetto alla documentazione richiesta, la p.a. ha affermato l'insussistenza di un obbligo di pubblicazione e ha invitato il ricorrente a formulare una richiesta di accesso generalizzato.

Tale modo di operare è espressione di una **concezione formalistica** dell'azione amministrativa, che si pone **in contrasto non solo con i principi generali**, che pongono quest'ultima **al servizio dei cittadini** imponendole di operare in modo economico ed efficiente, **ma anche con la legge sul procedimento amministrativo, che impone alla p.a. di sollecitare la rettifica di istanze erronee, non chiare o incomplete.**



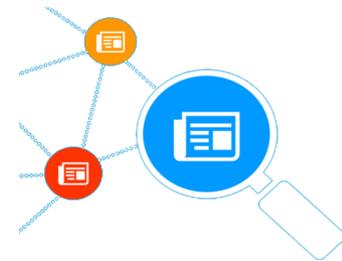


4

Inerzia dell'amministrazione e decorso dei termini



4. Inerzia dell'amministrazione e decorso dei termini



- Da quale momento decorre il termine per presentare ricorso nel caso di inerzia dell'amministrazione?

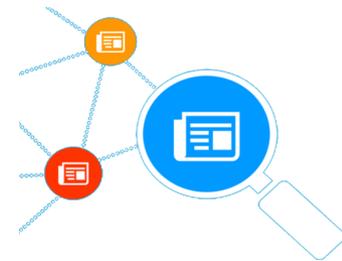
Le previsioni rilevanti

- **Art. 5, commi 6 e 7, d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. decreto trasparenza)**
*«Il procedimento di accesso civico deve **concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza** con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati»*

*«**Avverso la decisione** dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, **il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116 c.p.a.**»*



4. Inerzia dell'amministrazione e decorso dei termini



- Da quale momento decorre il termine per presentare ricorso nel caso di inerzia dell'amministrazione?

Tar Sicilia, Catania, sez. III, 17 luglio 2020, n. 1781

È **irricevibile**, in quanto **tardivamente proposto**, il **ricorso avverso il silenzio** serbato dall'amministrazione su una istanza di accesso civico generalizzato tesa a ottenere il rilascio della documentazione relativa ad alcuni lavori edilizi.

Il **richiedente ha reiterato più volte la medesima istanza** senza ottenere risposta da parte dell'amministrazione, **ma è dalla prima richiesta**, risalente al 2018, **che va computato il decorso del termine** per proporre ricorso.



4. Inerzia dell'amministrazione e decorso dei termini



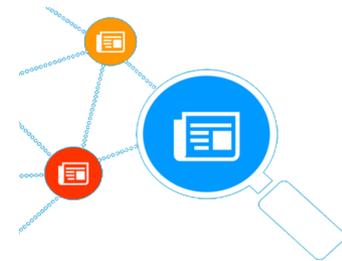
- Da quale momento decorre il termine per presentare ricorso nel caso di inerzia dell'amministrazione?

Tar Sicilia, Catania, sez. III, 17 luglio 2020, n. 1781

L'esito del giudizio, pertanto, non cambia sia ove si ritenga applicabile il rito di cui all'art. 116 c.p.a., essendo spirato il termine di trenta giorni, sia, qualificandosi il silenzio come inerzia e quindi inadempimento, ove si ritenga applicabile il rito di cui all'art. 117 c.p.a., essendo decorso più di anno dalla definizione del procedimento amministrativo avviato a domanda di accesso.



4. Inerzia dell'amministrazione e decorso dei termini



- Da quale momento decorre, invece, il termine per presentare istanza di riesame?

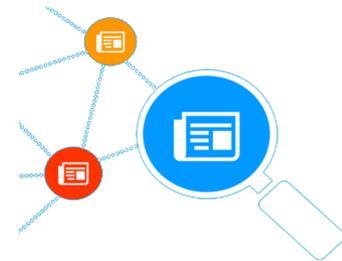
La **legge non individua un termine** entro cui proporre la istanza di riesame.

Ritenere che tale domanda sia proponibile senza termine darebbe luogo a problemi applicativi, legati al protrarsi nel tempo della situazione di incertezza circa l'effettiva conclusione della vicenda amministrativa relativa alla ostensibilità dei dati e/o dei documenti richiesti.

In particolare, l'assenza di un termine per l'attivazione del procedimento di riesame è suscettibile di determinare un **sostanziale aggiramento del termine** di decadenza (30 giorni) previsto per impugnare la decisione dell'amministrazione davanti al giudice o al difensore civico.



4. Inerzia dell'amministrazione e decorso dei termini



- Da quale momento decorre, invece, il termine per presentare istanza di riesame?

Circolare n. 1/2019 DFP

Appare ragionevole ritenere che il procedimento di riesame debba essere attivato entro il termine di 30 giorni dalla decisione di prima istanza, corrispondente al termine di decadenza previsto per la proposizione dei menzionati rimedi (ricorso al giudice e al difensore civico).

Tale termine, pur non espressamente previsto dall'art. 5, comma 7, d.lgs. n. 33/2013, è **disciplinato in via generale dalla disciplina generale dei ricorsi amministrativi**, al quale l'istituto del riesame è riconducibile (art. 2, comma 1, D.P.R. n. 1199/1971).





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.

