



Gli orientamenti della giurisprudenza in tema di accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)

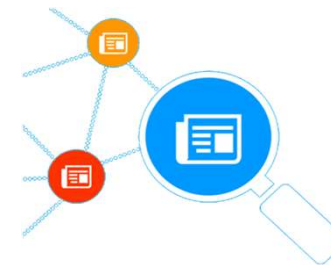
Mario SAVINO – m.savino@governo.it

*Professore ordinario in Diritto amministrativo
Università degli Studi della Tuscia*

*Coordinatore dell' area giuridica del Centro di competenza FOIA
Dipartimento della funzione pubblica*



5 PROBLEMI



- 1. La distinzione tra le finalità del FOIA e i suoi limiti**
- 2. L'applicabilità del FOIA alla materia dei contratti pubblici**
- 3. La qualificazione delle richieste d'accesso**
- 4. Il dialogo collaborativo**
- 5. Le eccezioni c.d. relative e la tecnica del bilanciamento**





1

La distinzione tra le finalità del FOIA

e i suoi limiti:

l'irrilevanza dell'interesse del richiedente



1. La distinzione tra le finalità del FOIA e i suoi limiti



- È possibile rigettare una richiesta di accesso civico generalizzato in base alla non coincidenza tra l'interesse che sorregge l'istanza e le finalità legislative?

La norma rilevante

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»*



1. La distinzione tra le finalità del FOIA e i suoi limiti



- È possibile rigettare una richiesta di accesso civico generalizzato in base alla non coincidenza tra l'interesse che sorregge l'istanza e le finalità legislative?

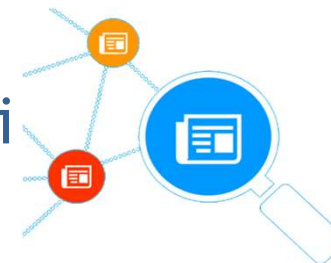
1° orientamento (superato: v. infra): Consiglio di Stato, sez. V, n. 1121/2020

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, dunque, 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.

Lo strumento in esame può essere utilizzato solo per evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi della collettività dei cittadini, non anche a favore di interessi riferibili a singoli individui od enti associativi.



1. La distinzione tra le finalità del FOIA e i suoi limiti



- È possibile rigettare una richiesta di accesso civico generalizzato in base alla non coincidenza tra l'interesse che sorregge l'istanza e le finalità legislative?

2° orientamento - Tar Campania, n. 604/2020

La **finalità** che la legge persegue con il FOIA è, **oltre al controllo diffuso** sull'operato delle amministrazioni, consentire la **partecipazione** dei cittadini alla vita politico-amministrativa, comprendere le scelte effettuate dalle amministrazioni e promuovere il libero formarsi dell'opinione pubblica.

Anche richieste presentate per finalità egoistiche (purché non emulative o di mera curiosità) **possono favorire un controllo diffuso sull'amministrazione**, se queste consentono di conoscere le scelte amministrative effettuate. Pertanto, la circostanza che la **richiesta** sia reputata dall'amministrazione come **egoistica non può rappresentare di per sé un limite, in quanto** non previsto dal legislatore come tale.



1. La distinzione tra le finalità del FOIA e i suoi limiti



- È possibile rigettare una richiesta di accesso civico generalizzato in base alla non coincidenza tra l'interesse che sorregge l'istanza e le finalità legislative?

2° orientamento - Tar Lombardia, n. 10/2020

La **finalità che spinge il richiedente a presentare l'istanza non è sindacabile**: anche richieste presentate per finalità egoistiche possono favorire un controllo diffuso se consentono di conoscere le scelte amministrative. 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 sul perseguimento dei compiti istituzionali e una maggiore partecipazione dei cittadini ai processi democratici e al dibattito pubblico.



1. La distinzione tra le finalità del FOIA e i suoi limiti



- È possibile rigettare una richiesta di accesso civico generalizzato in base alla non coincidenza tra l'interesse che sorregge l'istanza e le finalità legislative?

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

37.2 Non si deve **confondere** la *ratio* dell'istituto con l'**interesse del richiedente**, che **non necessariamente** deve essere **altruistico** o sociale né deve sottostare a un **giudizio di meritevolezza**, per quanto certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede.



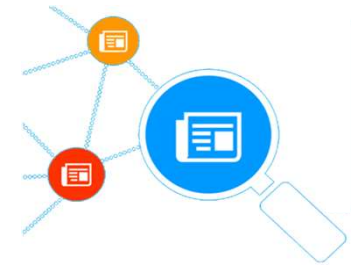
1. La distinzione tra le finalità del FOIA e i suoi limiti



Conclusioni sul punto 1

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,





2

L'applicabilità del FOIA alla materia dei contratti pubblici (e il trattamento delle eccezioni assolute di cui all'art. 5-bis comma 3)



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



- L'accesso civico generalizzato si applica alla materia dei contratti pubblici?

Le norme rilevanti

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

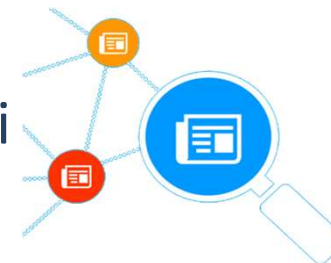
*Il diritto di accesso civico generalizzato «è escluso nei casi di segreto di Stato e **negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990**»*

- **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**»*



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



- L'accesso civico generalizzato si applica alla materia dei contratti pubblici?

1° 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**”, **referendosi 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**.



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



- L'accesso civico generalizzato si applica alla materia dei contratti pubblici?

2° orientamento - Tar Campania, n. 5837/2019

L'**accesso civico generalizzato è applicabile ai contratti pubblici** per ragioni di ordine sistematico e teleologico. Se la materia degli appalti rientra fra quelle a **più elevato rischio di corruzione, sarebbe irragionevole** interpretare le norme nel senso di **sottrarre alla disciplina sulla trasparenza proprio tale materia**. Conclusa la gara, l'offerta dell'aggiudicataria, benché proveniente dal privato, rappresenta la scelta dell'amministrazione, la cui bontà può essere verificata tramite l'accesso generalizzato dai cittadini, inclusi i partecipanti alla gara (quando non possano vantare un interesse qualificato).



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



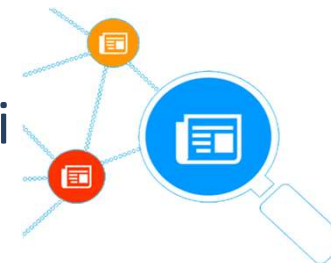
- L'accesso civico generalizzato si applica alla materia dei contratti pubblici?

2° orientamento - Consiglio di Stato, sez. III, n. 3780/2019

L'accesso civico generalizzato **si applica a tutta la documentazione oggetto delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici**. L'art. 5 bis, co. 3, dispone l'esclusione dell'accesso nei casi in cui esso "è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti", **non facendo riferimento a "materie"**. Ragionando diversamente si finirebbe per escludere l'intera materia dei contratti pubblici dall'accesso generalizzato che mira invece a garantire il rispetto del principio fondamentale di trasparenza, ricavabile dalla Costituzione. Il richiamo dell'art. 53 del Codice dei contratti all'art. 22, l. n. 241/90 va letto come un riferimento alla disciplina nella sua evoluzione, **non potendo ipotizzarsi una interpretazione "statica" e non costituzionalmente orientata delle disposizioni in materia di accesso**.



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



- L'accesso civico generalizzato si applica alla materia dei contratti pubblici?

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

24.6. Questa Adunanza plenaria, pur consapevole della infelice formulazione della disposizione, ne ritiene preferibile una lettura unitaria – a partire dall'endiadi «*segreti e altri divieti di divulgazione*» – evitando di scomporla e di trarne con ciò stesso dei nuovi, autonomi l'uno dagli altri, limiti, perché **una lettura sistematica, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, impone un necessario approccio restrittivo (ai limiti) secondo una interpretazione tassativizzante.**

24.7. **La disposizione non può invero essere intesa nel senso di esentare dall'accesso generalizzato interi ambiti di materie (...), se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di quella materia dall'accesso (...)**



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



- L'accesso civico generalizzato si applica alla materia dei contratti pubblici?

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

25.4. Un **diverso ragionamento interpretativo**, che identificasse interi ambiti di materia esclusi dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, avallerebbe il rischio che i casi del comma 3 dell'art. 5-*bis* del d. lgs. n. 33 del 2013, si trasformino in un **“buco nero” della trasparenza** – frutto anche di un sistema di limiti che si apre ad altri che rinviano ad ulteriori con un potenziale circolo vizioso e un ***regressus ad infinitum*** – ove è risucchiato l'accesso generalizzato, con un ritorno all'opacità dell'azione amministrativa per effetto di una interpretazione che trasforma l'eccezione in regola.

25.5. Tale interpretazione, peraltro, introdurrebbe un **limite – quello di materia – non previsto espressamente dal legislatore** e configurerebbe una **eccezione assoluta che, per la riserva di legge in materia ai sensi dell'art. 10 CEDU, non può essere rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione** o all'opera dell'esegeta.



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



- L'accesso civico generalizzato si applica alla materia dei contratti pubblici?

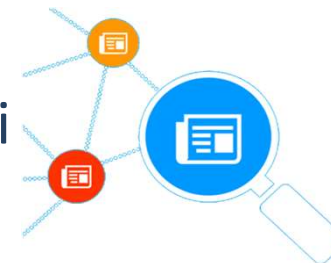
Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10/2020: accolto il 2° orientamento

26. **Né una base normativa a tale eccezione assoluta si può rinvenire**, a giudizio di questa Adunanza, **nell'art. 53** del d. lgs. n. 50 del 2016, disposizione speciale dettata dal codice dei contratti.

27. **L'art. 53, comma 2**, del d. lgs. n. 50 del 2016 **prevede infatti che** – fatta salva la disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza (ipotesi straordinarie sicuramente rientranti tra le eccezioni accesso di cui all'art. 5-*bis*, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2013 per il divieto assoluto di divulgazione e accesso) – **il diritto di accesso sia semplicemente differito, in relazione al** nominativo dei soggetti che nelle procedure aperte hanno presentato offerte (...); in relazione alle offerte e al procedimento di verifica dell'anomalia, fino all'aggiudicazione.



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



- L'accesso civico generalizzato si applica alla materia dei contratti pubblici?

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

28. **La portata limitata** anche temporalmente e motivata **di questi casi, peraltro di stretta interpretazione, non può comportare ex se l'esclusione dell'intera materia** dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, che riacquista la sua naturale *vis expansiva* una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso.

28.1. (...) **una volta venute meno le ragioni di questi limiti**, tra cui quelli appena accennati dell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, **sul piano sia temporale sia contenutistico, l'accesso civico generalizzato opera di diritto**, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie.



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



- L'accesso civico generalizzato si applica alla materia dei contratti pubblici?

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

32.2. **L'accesso generalizzato**, quale **via elettiva della trasparenza**, soddisfa ampiamente il diffuso **desiderio conoscitivo finalizzato alla garanzia della legalità** nei contratti pubblici (...)

32.3 **L'accesso civico 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 i pur numerosi obblighi di pubblicazione (c.d. **trasparenza proattiva**) previsti.



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



Conclusioni sul punto 2

1. 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 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**
3. **(implicazione indiretta ma importante)** 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 (v. Cons. St., AP, n. 10/2020, § 23.5)





3

La qualificazione delle richieste: la portata generale del FOIA e il problema della convertibilità d'ufficio



3. La possibilità di convertire d'ufficio il titolo giuridico di una richiesta di accesso



- È possibile riqualificare d'ufficio una istanza di accesso civico generalizzato?

La previsione rilevante

- **Par. 2.2, Circolare n. 2/2017 del Ministro della pubblica amministrazione**
*«[...] dato che l'istituto dell'accesso generalizzato assicura una più ampia tutela all'interesse conoscitivo, **qualora non sia specificato un diverso titolo giuridico della domanda** (ad es. procedimentale, ambientale, ecc.), **la stessa dovrà essere trattata dall'amministrazione come richiesta di accesso generalizzato**»*



3. La possibilità di convertire d'ufficio il titolo giuridico di una richiesta di accesso



- È possibile riqualificare d'ufficio una istanza di accesso civico generalizzato?

Consiglio di Stato, nn. 5502-5503/2019

Nel caso in cui la domanda di accesso dell'istante sia espressa per un determinato modello, resta **precluso alla pubblica amministrazione di qualificare diversamente la richiesta al fine di individuare la disciplina applicabile**; correlativamente, è **preclusa al privato la conversione della richiesta in sede di riesame o di ricorso** giurisdizionale.

Tale **rigore è temperato dall'ammissibilità della presentazione cumulativa** di un'unica istanza, ai sensi di diverse discipline.



3. La possibilità di convertire d'ufficio il titolo giuridico di una richiesta di accesso



- È possibile riqualificare d'ufficio una istanza di accesso civico generalizzato?

Consiglio di Stato, n. 1817/2019

Va esclusa la conversione dell'istanza di accesso da una forma a un'altra, che **non può essere né imposta alla P.A.**, né ammessa, su iniziativa del ricorrente, **in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale**. Pur non mancando approcci di matrice sostanzialista – orientati alla massimizzazione dell'interesse conoscitivo e all'applicazione ex officio della disciplina più favorevole alla soddisfazione dell'anelito ostensivo – deve ritenersi preclusa la possibilità di mutare, anche in corso di causa, il titolo della formalizzata *actio ad exhibendum*.



3. La possibilità di convertire d'ufficio il titolo giuridico di una richiesta di accesso



- È possibile riqualificare d'ufficio una istanza di accesso civico generalizzato?

Tar Toscana, n. 1748/2020

Non può essere accolta la richiesta di variare in giudizio il titolo dell'istanza da accesso documentale ad accesso civico generalizzato ai sensi del d.lgs. n. 33/2013 o ad accesso ambientale ai sensi del d.lgs. n. 195/2005. La coesistenza di diverse specie di accesso agli atti, ciascuna distintamente regolata nei suoi presupposti, induce a ritenere che non esista, nel nostro ordinamento, un unico e generale diritto del privato ad accedere agli atti amministrativi. **È onere del richiedente individuare la tipologia di accesso da far valere, eventualmente in via cumulativa.** Il giudice non può riqualificare l'istanza presentata dal ricorrente poiché così facendo si sostituirebbe inammissibilmente all'amministrazione in poteri non ancora esercitati.



3. La possibilità di convertire d'ufficio il titolo giuridico di una richiesta di accesso



- È possibile riqualificare d'ufficio una istanza di accesso civico generalizzato?

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10/2020: attenua il rigore...

8.4. Il riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale **non preclude** alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza **anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato**, laddove l'istanza contenga tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico", **salvo** che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto.

8.5. (...) la pubblica amministrazione, nel rispetto del contraddittorio con eventuali controinteressati, deve esaminare l'istanza nel suo complesso, nel suo "anelito ostensivo", **evitando inutili formalismi e appesantimenti procedurali tali da condurre ad una defatigante duplicazione del suo esame.**



3. La possibilità di convertire d'ufficio il titolo giuridico di una richiesta di accesso



- È possibile riqualificare d'ufficio una istanza di accesso civico generalizzato?

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10/2020: concilia gli orientamenti

10. Solo ove l'istante abbia inteso, espressamente e inequivocabilmente, limitare l'interesse ostensivo ad uno specifico profilo, quello documentale o quello civico, la pubblica amministrazione dovrà limitarsi ad esaminare quello specifico profilo, senza essere tenuta a pronunciarsi sui presupposti dell'altra forma di accesso

11.1. (...) in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della l. n. 241 del 1990, (...) la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante (...), non può esaminare la richiesta di accesso civico generalizzato, **a meno che non sia accertato che l'interessato abbia inteso richiedere, al di là del mero riferimento alla l. n. 241 del 1990, anche l'accesso civico generalizzato.**



3. La possibilità di convertire d'ufficio il titolo giuridico di una richiesta di accesso



- È possibile riqualificare d'ufficio una istanza di accesso civico generalizzato?

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10/2020: concilia gli orientamenti

11.3. Ne discende che **al giudice amministrativo**, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla l. n. 241 del 1990, è **precluso di accertare la sussistenza del diritto** del richiedente secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'**accesso civico generalizzato**, **stante l'impossibilità di convertire, in sede di ricorso giurisdizionale, il titolo** dell'accesso eventualmente rappresentato all'amministrazione sotto l'uno o l'altro profilo.



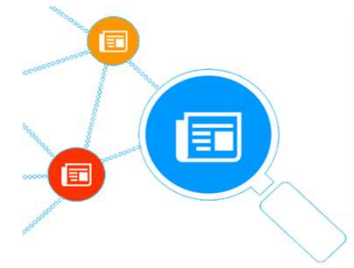
3. La possibilità di convertire d'ufficio il titolo giuridico di una richiesta di accesso



Conclusioni sul punto 3:

1. **Quando il richiedente ha fatto espressamente e inequivocabilmente riferimento a una sola tipologia di accesso**, l'amministrazione dovrà limitarsi a esaminare quest'ultima, e al giudice amministrativo è precluso mutare il titolo dell'accesso.
2. **Nel caso di richieste cumulative o «incipiti»** (formulate in base alla l. n. 241/1990 e al d.lgs. n. 33/2013), l'amministrazione dovrà verificare l'applicabilità di entrambe le forme di accesso
3. **Analogamente, nel caso di richieste «innominate»**, in cui non si faccia riferimento a una specifica forma di accesso, l'amministrazione deve verificare l'applicabilità di ciascuna, in modo da favorire la soddisfazione dell'interesse conoscitivo.
4. **In caso di dubbio**, si deve privilegiare una **soluzione anti-formalista, favorevole al richiedente.**



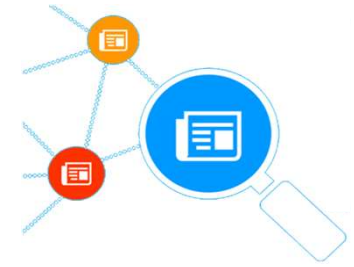


4

Il dialogo collaborativo tra pubbliche amministrazioni e richiedente: non facoltà, ma obbligo



4. Il dialogo collaborativo tra pubbliche amministrazioni e richiedente



- Il c.d. dialogo collaborativo è facoltà o obbligo?

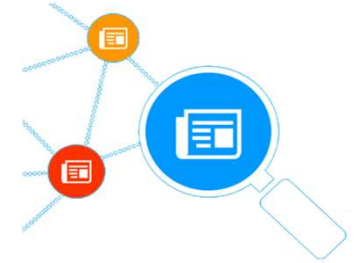
La previsione rilevante

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 [...]**»*



4. Il dialogo collaborativo tra pubbliche amministrazioni e richiedente



- Il c.d. dialogo collaborativo è facoltà o obbligo?
- Quando è opportuno attivarlo?

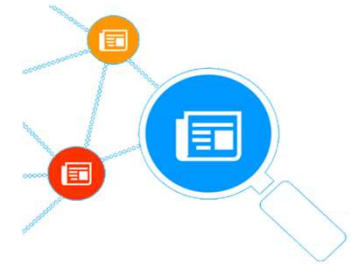
Tar Lazio, n. 2811/2020: tesi della facoltatività

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.**



4. Il dialogo collaborativo tra pubbliche amministrazioni e richiedente



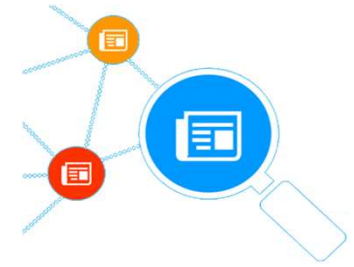
- Il c.d. dialogo collaborativo è facoltà o obbligo?
- Quando è opportuno attivarlo?

Tar Campania, n. 928/2020: tesi dell'obbligatorietà

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 erranee, non chiare o incomplete.**



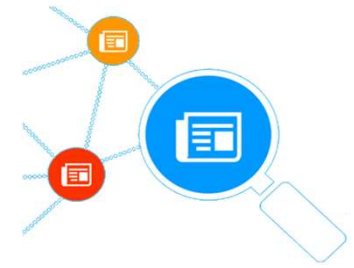
4. Il dialogo collaborativo tra pubbliche amministrazioni e richiedente



Conclusioni sul punto 4

1. Il c.d. dialogo collaborativo è un **obbligo**, non una facoltà: il mancato rispetto dell'obbligo **può comportare l'annullamento** del diniego opposto al richiedente
2. Il c.d. dialogo collaborativo **va attivato ogni qual volta** la richiesta sia:
 - **formulata in modo poco chiaro, generico, esplorativo**, per consentire alla PA di individuare con precisione l'oggetto della richiesta
 - **eccessivamente onerosa**, per circoscrivere l'interesse conoscitivo e consentire alla PA di evadere la richiesta
 - **onerosa, ma non in modo eccessivo**, per concordare con il richiedente un **rilascio dilazionato** dei dati e documenti richiesti



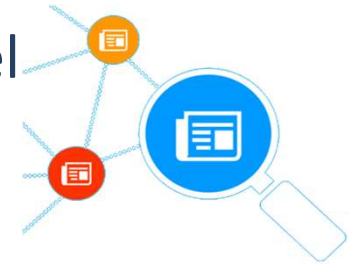


5

Le eccezioni c.d. relative e la tecnica del bilanciamento: Harm Test e Public Interest Test



5. L'applicazione alle eccezioni c.d. relative della tecnica del bilanciamento



- Come applicare correttamente la tecnica del bilanciamento nei casi di eccezioni c.d. relative?

Le norme rilevanti

- **Art. 5-bis, commi 1-2, d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. decreto trasparenza)**
L'accesso civico generalizzato è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi (pubblici e privati) inerenti a:
 - **Interessi pubblici primari** (sicurezza e ordine pubblico, sicurezza nazionale, difesa e questioni militari; relazioni internazionali; politica e stabilità finanziaria ed economica dello Stato; conduzione di indagini sui reati e loro perseguimento; regolare svolgimento di attività ispettive);
 - **Interessi privati costituzionalmente rilevanti** (protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica)
- N.B.: Assenza della clausola del «Public interest override»



5. L'applicazione alle eccezioni c.d. relative della tecnica del bilanciamento



- Come applicare correttamente la tecnica del bilanciamento nei casi di eccezioni c.d. relative?

Tar Lazio, n. 2174/2020

L'amministrazione nel dare riscontro a una istanza di accesso generalizzato non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma deve **motivare in modo puntuale la sussistenza di un pregiudizio reale e concreto**. Inoltre, nonostante la scelta del legislatore richiami espressamente il solo criterio del "pregiudizio concreto", **la valutazione finale deve tenere conto anche dell'interesse alla divulgazione che fonda la richiesta**. Nel compiere questa valutazione discrezionale, l'amministrazione è chiamata a compiere un **bilanciamento fra il beneficio che potrebbe arrecare la disclosure richiesta e il sacrificio causato agli interessi contrapposti che vengono in gioco**.



5. L'applicazione alle eccezioni c.d. relative della tecnica del bilanciamento



- Come applicare correttamente la tecnica del bilanciamento nei casi di eccezioni c.d. relative?

Tar Campania, n. 604/2020

Nel caso in cui l'istanza incontri una o più limitazioni disciplinate dall'art. 5-bis, l'accesso è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un **“pregiudizio concreto”** alla tutela di almeno uno degli interessi pubblici o privati ivi contenuti.

Sebbene dal dato normativo emerga che il criterio individuato per la valutazione delle esclusioni dall'accesso generalizzato è quello del **“pregiudizio concreto”**, deve **tuttavia** ritenersi che la **scelta finale dell'amministrazione debba tener conto anche dell'interesse alla divulgazione** che fonda la richiesta dell'istante. L'amministrazione dovrà quindi assumere la decisione nel rispetto dei **canoni di proporzionalità e ragionevolezza, bilanciando tutti gli interessi coinvolti.**



5. L'applicazione alle eccezioni c.d. relative della tecnica del bilanciamento



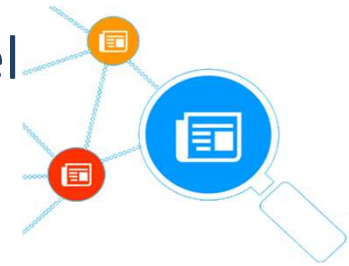
- Come applicare correttamente la tecnica del bilanciamento nei casi di eccezioni c.d. relative?

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

35.1. Tutte le **eccezioni relative** all'accesso civico generalizzato implicano e **richiedono un bilanciamento** da parte della pubblica amministrazione, in concreto, **tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all'interesse-limite**, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, secondo i criteri utilizzati anche in altri ordinamenti, quali il **cd. test del danno (*harm test*)**, utilizzato per esempio in Germania, **o il c.d. *public interest test* o *public interest override***, tipico dell'ordinamento statunitense o di quello dell'Unione europea, in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto.



5. L'applicazione alle eccezioni c.d. relative della tecnica del bilanciamento



Conclusioni sul punto 5

1. Nonostante la lettera dell'art. 5-bis (soltanto «harm test»), **si consolida l'orientamento a promuovere un bilanciamento** tra l'interesse-limite e l'interesse pubblico alla conoscenza («public interest test»)
2. Nell'applicare le eccezioni relative (art. 5-bis, co. 1-2), l'amministrazione deve effettuare una valutazione comparativa (tecnica del bilanciamento) così articolata:
 - Step 1: il **test del danno**, per valutare se l'ostensione possa arrecare un pregiudizio concreto e ragionevolmente prevedibile agli interessi-limite;
 - Step. 2: il **test dell'interesse pubblico**, per valutare se esista un interesse pubblico al rilascio dei documenti richiesti e, in tal caso, **bilanciare**
 - il beneficio derivante dalla ostensione/diffusione delle informazioni
 - con il sacrificio causato agli interessi-limite





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.



Centro di competenza FOIA