

INDICE

1. Introduzione	<i>Pag.</i>	3
2. Composizione della Commissione	"	4
3. Sintesi sul ruolo e sull'attività della Commissione dal 2006 al 2008	"	6
4. I ricorsi dinanzi alla Commissione	"	8
4.1 La procedura	"	8
4.2 I ricorsi alla Commissione e le amministrazioni resistenti	"	13
4.3 La distribuzione dei ricorsi per ambito territoriale	"	21
5. Le funzioni consultive, di proposta e di impulso della Commissione	"	26
5.1 I pareri	"	26
5.2 Gli interventi	"	29
6. L'interpretazione del principio di trasparenza attraverso le decisioni più significative della giurisprudenza e della Commissione	"	30
6.1 I casi di diniego di accesso	"	30
6.1.1 Documenti esclusi per disciplina speciale: ordine pubblico e repressione della criminalità	"	33
6.1.2 Accesso agli atti, diritto di difesa, procedimento giurisdizionale	"	35
6.1.3 Accertamenti ispettivi	"	38
6.1.4 Le limitazioni all'accesso nel codice dei contratti pubblici	"	39
6.1.5 Gestore di pubblico servizio	"	43
6.1.6 Accessibilità di documenti detenuti da organi costituzionali	"	44
6.2 Notifiche ai controinteressati	"	45
6.3 L'accesso dei consiglieri comunali	"	47
7. Segreto di Stato, classifiche di segretezza e principio di trasparenza alla luce delle recenti innovazioni legislative	"	52
7.1 Il segreto di Stato e le classifiche di riservatezza	"	52

7.2 Il segreto, la riservatezza e la disciplina dell'accesso agli atti	<i>Pag.</i>	55
7.3 Aspetti critici relativi all'accesso a documenti per cui sia venuto meno il vincolo del segreto di Stato o la classificazione di segretezza	"	57
7.4 Applicazione della legge n. 241 del 1990	"	61
8. Osservazioni conclusive	"	66

PARERI E DECISIONI

I SEMESTRE 2008	<i>Vol.</i>	I
II SEMESTRE 2008	<i>Vol.</i>	II

1. Introduzione

Nel corso del 2008, si è verificato un rilevante incremento dell'attività della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.

Si è affermata presso i cittadini la conoscenza del ruolo e delle funzioni della Commissione stessa. Questo, infatti, è dimostrato non solo dal crescente numero di domande (ricorsi e richieste di pareri), ma anche dalla diversità e dalla varietà delle fattispecie sottoposte al suo giudizio.

Inoltre, con l'analisi e lo studio di una molteplicità di casi, le decisioni e i pareri costituiscono un precedente che influenza e orienta l'attività delle pubbliche amministrazioni in materia di accesso.

Tuttavia, al lavoro di esegesi, di approfondimento e di studio, il legislatore non ha voluto unire poteri coercitivi e sanzionatori nei confronti delle pubbliche amministrazioni. La possibilità di rendere esecutive le decisioni renderebbe di certo più incisivo il ruolo di custode del principio di trasparenza, di cui si incentiverebbe forse un'applicazione più diffusa e spontanea, contribuendo effettivamente a ridurre il contenzioso.

I dati che sono illustrati nelle sezioni che seguono mostrano, comunque, che la Commissione sta diventando un organo di dialogo e confronto tra cittadini e pubblica amministrazione che contribuisce a realizzare i principi costituzionali di controllo democratico, tutela dei diritti, trasparenza e imparzialità.

2. Composizione della Commissione

La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi è stata, da ultimo, ricostituita con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 28 agosto 2008 ed è così composta:

Dr. Gianni Letta, Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri, con funzioni di Presidente;

Cons. Diana Agosti, Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo, struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri, che costituisce il supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione, membro di diritto;

Sen. Gennaro Coronella, componente designato dal Presidente del Senato della Repubblica;

Sen. Gerardo D'Ambrosio, componente designato dal Presidente del Senato della Repubblica;

On. Daniela Sbröllini, componente designato dal Presidente della Camera dei Deputati;

On. Roberto Speciale, componente designato dal Presidente della Camera dei Deputati;

Cons. Salvatore Giacchetti, Presidente di sezione del Consiglio di Stato, componente designato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa;

Avv. Ignazio Francesco Caramazza, Avvocato dello Stato, componente designato dall'Avvocatura Generale dello Stato;

Cons. Ivan De Musso, Consigliere della Corte dei conti, componente designato dal Consiglio di Presidenza della Corte dei conti;

Prof. Carlo Colapietro, Docente ordinario di Diritto costituzionale della facoltà di Scienze Politiche presso l'Università Roma TRE, componente designato dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca;

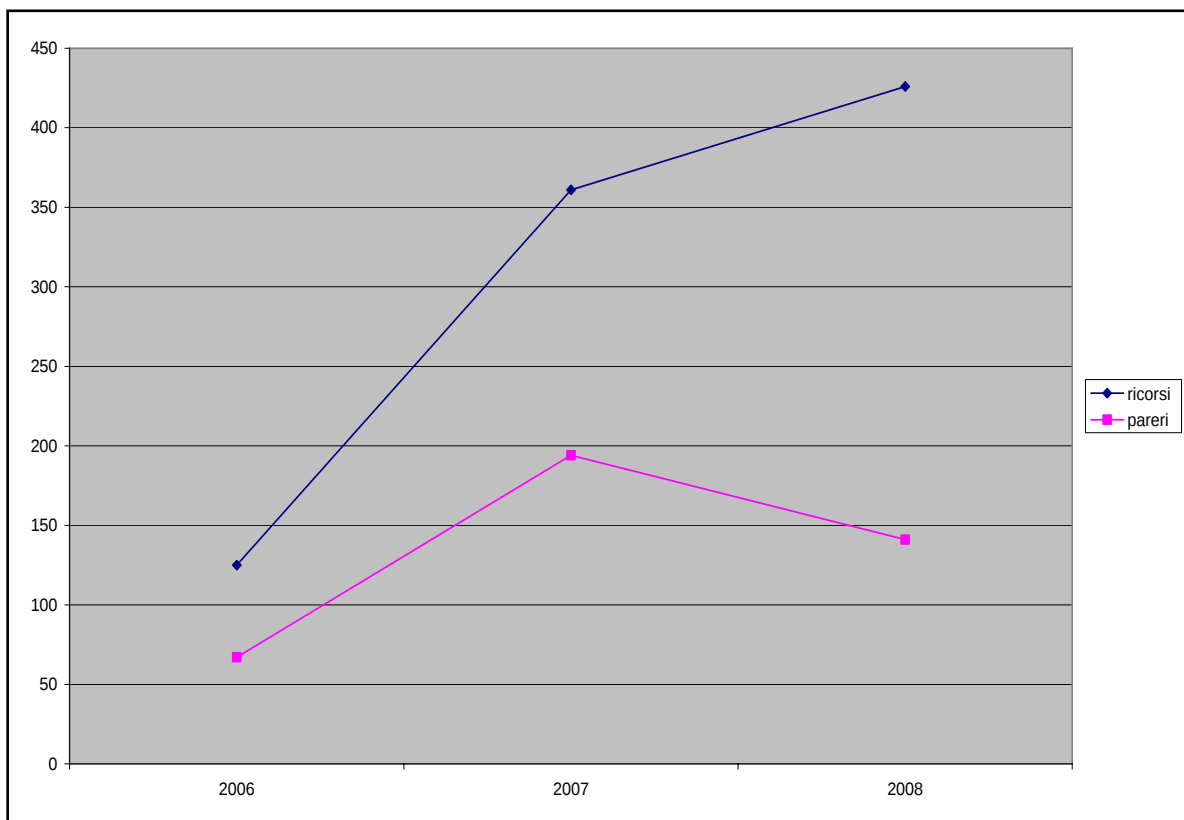
Prof. Claudio Franchini, Direttore del Dipartimento di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, componente designato dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca;

Dr.ssa Barbara Torrice, Dirigente di seconda fascia del ruolo del Ministero della difesa, componente designato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

3. Sintesi sul ruolo e sull'attività della Commissione dal 2006 al 2008

Per ciò che riguarda l'attività di decisione dei ricorsi e di emanazione di pareri, il 2008 conferma la tendenza già percepibile nel 2007, con un considerevole incremento del lavoro della Commissione. Per l'anno 2008, si sono tenute 13 adunanze plenarie della Commissione (una volta in più rispetto al 2007). Le date in cui la Commissione si è riunita in seduta plenaria sono le seguenti: 15 gennaio, 11 febbraio, 12 marzo, 7 aprile, 9 maggio, 10 giugno, 1 luglio, 22 luglio, 16 settembre, 7 ottobre, 4 novembre, 25 novembre, 16 dicembre.

Figura 1: le attività della Commissione dal 2006 al 2008



Dal grafico che precede si può notare che, rispetto al 2007, il numero dei ricorsi è ancora aumentato (426 contro i 361 del 2007), mentre si è avuta una riduzione nelle richieste di parere (141 contro i 194 del 2007).

Il 2007 è stato un vero e proprio anno di svolta per le attività della Commissione sia per il numero dei ricorsi decisi, sia per i pareri emessi e il 2008 ne conferma sostanzialmente le tendenze. Tuttavia, è interessante notare la decisa propensione all'incremento dei ricorsi, paragonata alla tendenziale stabilità delle richieste di parere. Questo dato potrebbe essere il segnale di un'espansione tra i cittadini dell'idea che il rimedio amministrativo del ricorso alla Commissione sia uno strumento utile ed efficace per ottenere l'accesso ai documenti.

Quanto alla tendenziale stabilità nella tendenza alla richiesta di pareri, possono essere individuate due cause, una di carattere generale e un'altra più specifica. L'ormai rilevante complesso di pronunce della Commissione costituisce un valido ausilio fornito alle amministrazioni e ai cittadini per dirimere preventivamente i contrasti e le ambiguità interpretative della disciplina sull'accesso.

Per ciò che riguarda, invece, i pareri sui regolamenti, dopo il gran numero di richieste degli scorsi anni, il lieve decremento potrebbe essere un segnale del fatto che buona parte delle amministrazioni ha ormai adottato tali regolamenti.

4. I ricorsi dinanzi alla Commissione

4.1 *La procedura*

Nei casi di diniego, limitazione o differimento dell'accesso, i cittadini possono, entro trenta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento impugnato o dalla formazione del silenzio rigetto sulla richiesta di accesso, presentare ricorso alla Commissione (oltre che al tribunale amministrativo regionale).

Il procedimento è piuttosto snello e richiede un formalismo minimo.

Esso deve, infatti, essere notificato ai controinteressati, che possono presentare le proprie controdeduzioni entro 15 giorni (art. 12 , c. 2 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184). Non è prevista, invece, la notifica all'amministrazione acceduta e sembra opportuno suggerire un'integrazione normativa in proposito.

In un breve periodo di tempo, pari a 30 giorni dalla presentazione del ricorso stesso, la Commissione decide.

Scaduti i termini senza una pronuncia della Commissione, il ricorso si intende respinto (cd. silenzio-rigetto). Sul punto, occorre segnalare come, nel corso di questi anni di nuova attività, la Commissione si è sempre espressa nei confronti di tutti i ricorsi presentati.

Infatti, respingere i ricorsi per inutile decorso del tempo non sarebbe coerente con le funzioni di un organo deputato a garantire la trasparenza e l'accesso. Finora la Commissione è riuscita a decidere tempestivamente tutti i ricorsi presentati nei trenta giorni. Perciò le sedute debbono essere convocate a non più di tre settimane di distanza l'una dall'altra.

La nuova formulazione della legge n. 241 del 1990 e il nuovo regolamento di attuazione rendono più agile e spedito il procedimento per l'accesso ai documenti amministrativi, nonché particolarmente snello il procedimento di decisione della Commissione per i ricorsi presentati dai cittadini; ciò condurrà, presumibilmente, ad una riduzione del contenzioso per il tribunale amministrativo.

Peraltro la pubblicazione delle decisioni e dei pareri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi costituisce un efficace strumento per diffondere il principio di trasparenza tra le amministrazioni e i cittadini. Le decisioni e i pareri, infatti, non soltanto costituiscono oggetto di pubblicazioni specifiche, ma sono consultabili sul sito web del Governo:

(<http://www.governo.it/Presidenza/ACCESSO/index.html>).

Segnatamente la Commissione:

- a) dichiara **irricevibile** il ricorso proposto tardivamente;
- b) dichiara **inammissibile** il ricorso:
 - proposto da soggetto non legittimato o comunque privo dell'interesse previsto dall'art. 22, comma 1, lettera b), della legge (per interessati si intendono tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso);
 - privo dei requisiti di cui all'art. 22, comma 3 (generalità del ricorrente; sommaria esposizione dei fatti; indicazione dell'indirizzo al quale dovranno pervenire anche a mezzo fax o per via telematica, le decisioni della Commissione) o degli eventuali allegati indicati all'art. 22, comma 4 (provvedimento impugnato, salvo il caso di impugnazione di silenzio rigetto; ricevute dell'avvenuta spedizione con raccomandata con avviso di ricevimento, di copia del ricorso ai

controinteressati, ove individuati già in sede di presentazione della richiesta di accesso);

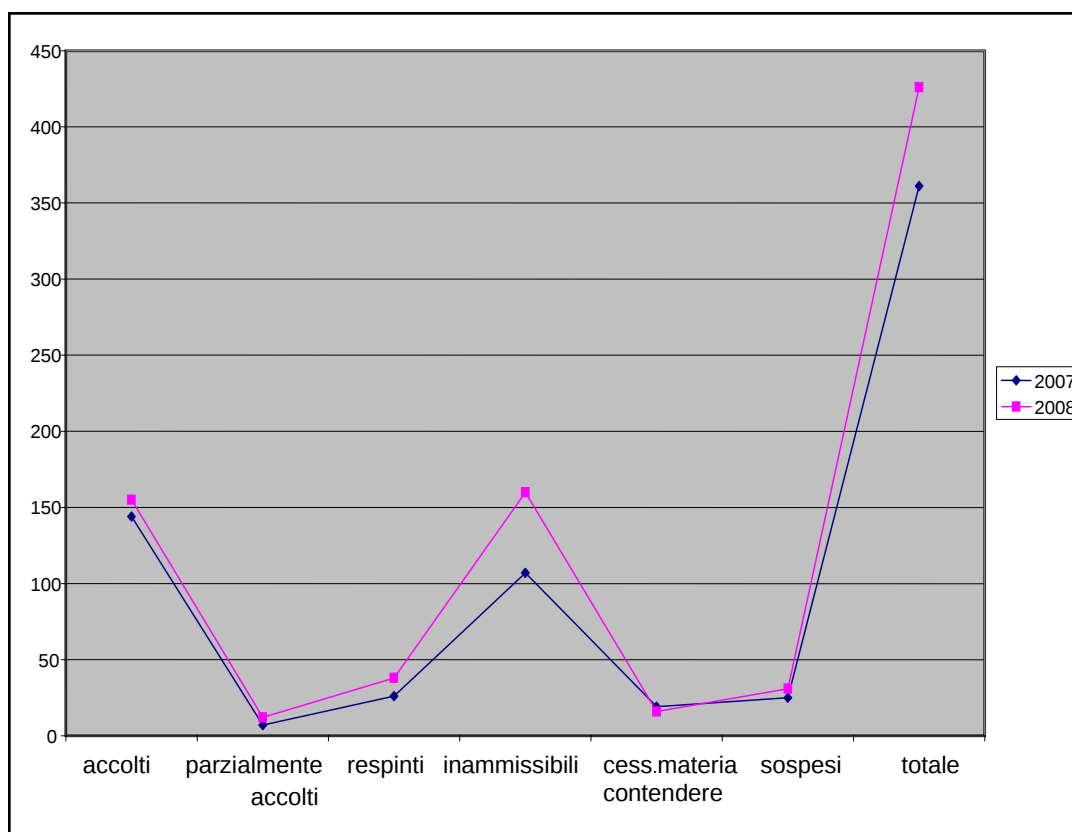
- per incompetenza;

- c) dichiara la **cessata materia del contendere tra le parti**, ove tale evento si sia verificato (ad esempio per rinuncia o per consentito accesso);

- d) esamina nel merito e decide il ricorso, accogliendolo o rigettandolo, in ogni altro caso.

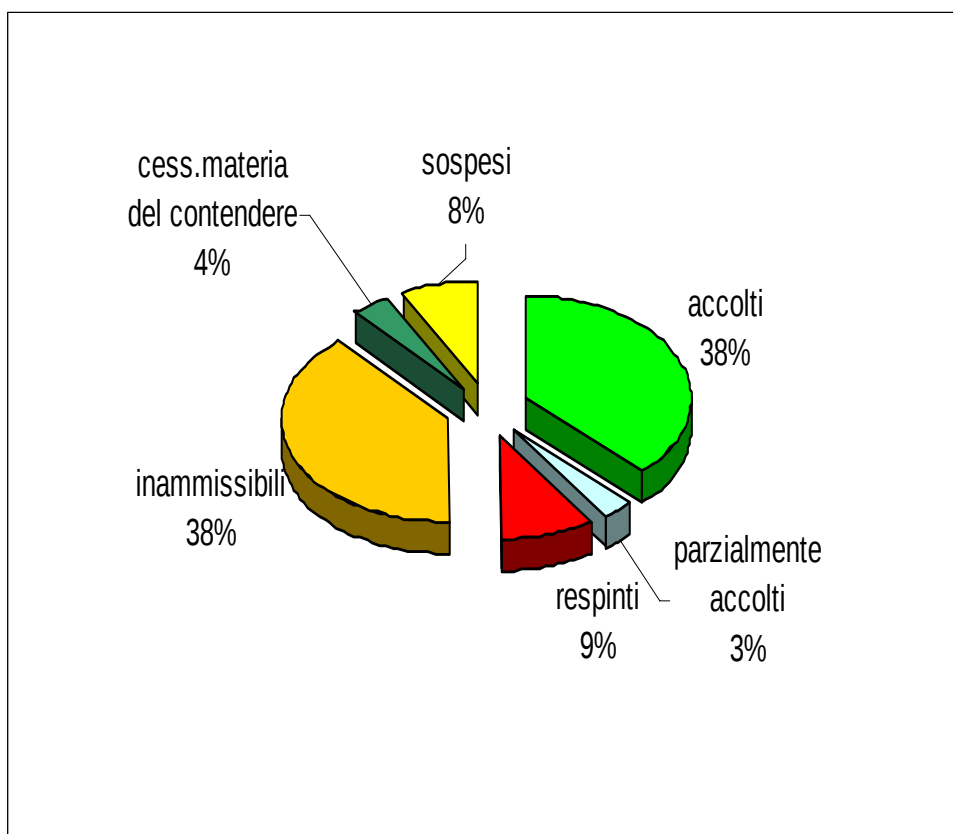
Va segnalato che la decisione di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso non preclude la facoltà di riproporre la richiesta di accesso e quella di proporre il ricorso alla Commissione avverso le nuove determinazioni o il nuovo comportamento del soggetto che detiene il documento.

Figura 2: l'andamento delle decisioni nel 2007 e nel 2008.



L'esito dei ricorsi nel 2007 e nel 2008 è stato messo a confronto nella figura 2. L'andamento delle curve 2007 e 2008 è quasi del tutto sovrapponibile, specie per ciò che riguarda le decisioni di accoglimento e di rigetto, nonostante l'incremento del numero dei ricorsi. Si può notare, come nel 2007, un picco per i ricorsi considerati inammissibili, derivante dal fatto che la decisione di inammissibilità può essere dichiarata in una pluralità di casi (si va dal ricorso presentato prima dello scadere del termine all'incompetenza della Commissione, che dà origine alla improcedibilità del ricorso) e ai casi di irricevibilità per tardività.

Figura 3: esito dei ricorsi nel 2008



La figura 3 mostra che gli esiti più frequenti dei ricorsi sono la dichiarazione di accoglimento o di inammissibilità. Come è stato più sopra specificato, nella dichiarazione di inammissibilità sono ricomprese fattispecie assai diversificate. La proporzione di ricorsi inammissibili è pertanto, necessariamente, piuttosto ampia (38%, mentre nel 2007 era del 33%).

Talvolta il ricorso non è accompagnato dai documenti necessari per identificare l'atto (la copia del provvedimento impugnato, salvo il caso di impugnazione di silenzio rigetto) o dalle notifiche ai controinteressati, ovvero è stato proposto tardivamente¹.

¹ In base all'art. 12, commi 3 e 4, del d.P.R. 12 aprile 2006 n. 184: c. 3, "il ricorso contiene: a) le generalità del ricorrente; b) la sommaria esposizione dell'interesse al ricorso; c) la sommaria esposizione dei fatti; d) l'indicazione dell'indirizzo al quale dovranno pervenire, anche a mezzo fax o per via telematica, le decisioni della Commissione. c. 4, "Al ricorso sono allegati: a) il provvedimento impugnato, salvo il caso di impugnazione di silenzio rigetto; b) le ricevute dell'avvenuta spedizione, con raccomandata con avviso di ricevimento, di copia del ricorso ai controinteressati, ove individuati già in sede di presentazione della richiesta di accesso".

In altri casi, la Commissione ha dichiarato la sua incompetenza, in quanto il documento impugnato è di competenza di un'amministrazione territoriale e il ricorso per l'accesso al documento avrebbe dovuto essere presentato al difensore civico competente per ambito territoriale.

Per contro, si deve notare come resti considerevole la percentuale di ricorsi accolti (il dato del 41% del 2007 è, pertanto, confermato se si sommano le decisioni di parziale accoglimento).

Resta, invece, pressoché invariata (9%) rispetto al 2007 (8%) la proporzione di ricorsi respinti perché infondati nel merito.

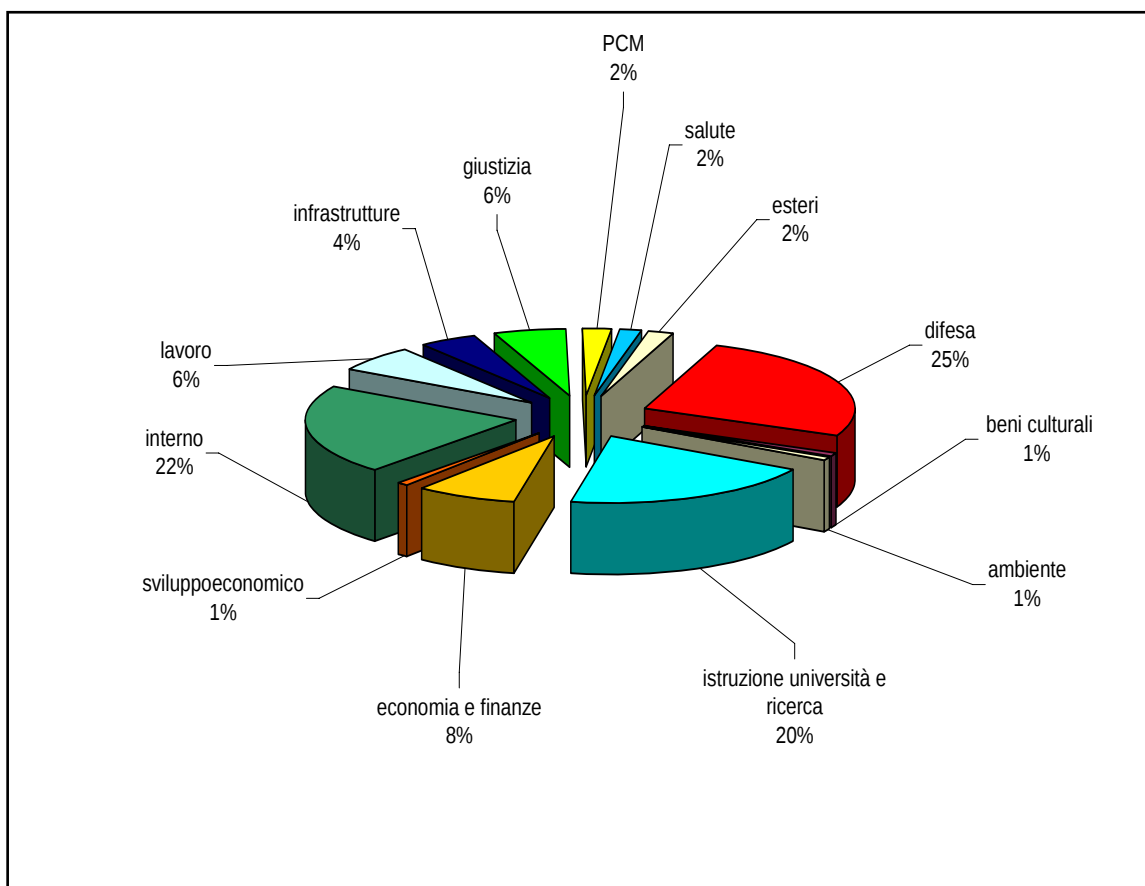
È dimezzata (4%), rispetto al 2007, la percentuale di ricorsi per i quali viene dichiarata cessata la materia del contendere. Ciò potrebbe essere un indizio del fatto che le amministrazioni tendono a rispettare i tempi previsti per la decisione di concedere o negare l'accesso, in questo caso sulla base di una decisione motivata, anziché sul semplice verificarsi del silenzio – rigetto. E' importante evidenziare infatti che, su 426 ricorsi, soltanto 53 sono contro il silenzio dell'amministrazione (cioè circa il 12%).

4.2 I ricorsi alla Commissione e le amministrazioni resistenti

La Commissione è competente a decidere i ricorsi contro il diniego di accesso da parte delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato.

A questo proposito può essere interessante verificare come sono distribuiti i ricorsi tra le varie branche dell'amministrazione statale, sulla base di una suddivisione basata sui ministeri, sia a livello centrale, sia nelle loro articolazioni periferiche.

Figura 4: ricorsi suddivisi per ministeri resistenti



Dalla figura 4 emerge che il maggior numero dei ricorsi è stato presentato nei confronti dell'amministrazione della Difesa (25%), della Pubblica Istruzione, Università e Ricerca (20%) e dell'Interno. A conferma della tendenza già manifestatasi nel 2007 (rispettivamente il 17 e il 22%), il dato relativo alle prime due amministrazioni è spiegato dal fatto che buona parte delle istanze riguarda questioni relative alla gestione del personale, ai concorsi, alle graduatorie, agli avanzamenti di carriera, poiché si tratta dei ministeri con il maggior numero di dipendenti.

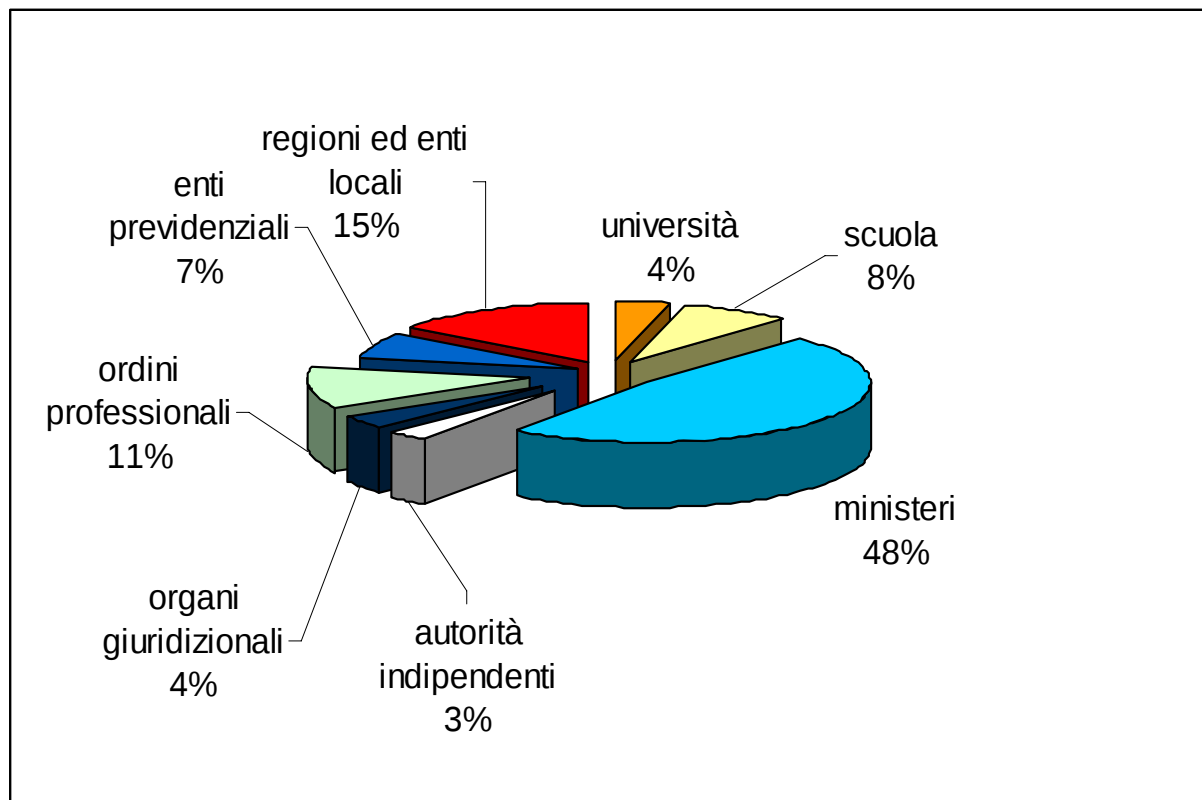
La percentuale dei ricorsi in cui il Ministero dell'Interno (22%) è l'amministrazione resistente è in crescita notevole rispetto all'anno scorso (8%). I ricorsi presentati al Ministero dell'Interno e alle sue articolazioni periferiche (prefetture o uffici territoriali del governo e

questure) non riguardano soltanto la gestione del personale e delle carriere; sono rilevanti, infatti, anche le istanze relative alle pratiche dirette all'ottenimento della cittadinanza e del permesso di soggiorno, al nulla osta per il ricongiungimento familiare, nonché alle infrazioni contestate dalla Polizia stradale.

Tuttavia i ministeri a livello centrale e periferico non sono le uniche amministrazioni statali verso le quali i cittadini presentano ricorsi su cui la Commissione è competente a decidere, sebbene rappresentino circa la metà delle amministrazioni resistenti.

Rispetto all'anno scorso, d'altra parte, c'è un parziale decremento (52%) nei ricorsi in cui un ministero è l'amministrazione resistente, mentre è più variegata la gamma di amministrazioni tra le quali i ricorsi si suddividono in proporzione pressoché simile.

Figura 5: amministrazioni resistenti rispetto al totale dei ricorsi



Risultano particolarmente significativi i dati relativi ai ricorsi per l'accesso presentati alle scuole e istituti d'istruzione (8%) e alle università (4%); in questi organi i ricorsi sono, in genere, presentati sia dal personale dipendente (per questioni concernenti il rapporto di lavoro, i concorsi e le graduatorie) sia dagli utenti (studenti e genitori) e possono riguardare la valutazione, l'adozione di provvedimenti disciplinari e l'andamento delle prove d'esame.

Pure interessante è il dato relativo agli ordini professionali (11%). Benché sia rilevante il numero di ricorsi volti a ottenere l'accesso agli atti relativi ai procedimenti di elezione degli organi di governo dell'ente, ai verbali delle sedute e benché siano significative le richieste d'accesso ai documenti nel caso di procedimenti disciplinari, il dovere di trasparenza degli ordini professionali non si esplica solo nei confronti degli iscritti. Gli ordini, in virtù delle funzioni

ad essi attribuite dalla legge, devono garantire trasparenza e imparzialità anche nei confronti della generalità dei cittadini e, in particolare, dei cittadini “consumatori”. Sono questi, infatti, i destinatari delle prestazioni professionali, che richiedono informazioni riguardo all’esercizio dei poteri di vigilanza, sempre che siano portatori di un interesse diretto, concreto ed attuale all’accesso e di una situazione giuridicamente tutelata e collegata alla documentazione richiesta. In particolare, è stato ritenuto illegittimo il diniego alla richiesta di accesso ai verbali volti a verificare l’attività di vigilanza operata dal Consiglio stesso nei confronti di un iscritto che ha eseguito lavori in modo non esatto, qualora il ricorrente vanti un interesse qualificato e differenziato all’accesso².

Assai indicativo è il fatto che sia stata, in qualche caso, eccepita l’incompetenza della Commissione, sulla base dell’assunto che gli ordini professionali non sarebbero assimilabili alle amministrazioni dello Stato. La Commissione ha, invece, ribadito la sua competenza nei confronti degli ordini³, dal momento che “non vi è alcuna intenzione del legislatore di escludere gli atti di soggetti pubblici diversi dalle amministrazioni statali in senso stretto, in quanto la natura di garanzia giustiziale attribuita alle funzioni decisorie della Commissione per l’accesso, sembra far ritenere che la sua competenza abbia carattere generale, con la sola esclusione dei soggetti pubblici l’accesso ai cui documenti sia demandato al difensore civico, che esercita, *in parte qua*, funzioni analoghe a quelle della Commissione”.

Del resto, anche la giurisprudenza amministrativa più recente⁴ si è espressa a favore della natura pubblicistica dei consigli professionali, i quali, sia pure con riferimento alle loro articolazioni locali, rientrano nella nozione di amministrazione di cui alla legge n.

² Decisione del 9 maggio 2008.

³ Decisione del 10 giugno 2008.

⁴ Si veda ad esempio T.A.R. Roma, Lazio sez. III, 18 dicembre 2006, n. 14795.

241 del 1990. Anzi, il dovere di trasparenza è particolarmente pregnante per enti, come gli ordini professionali, per i quali hanno un particolare rilievo i cardini della democrazia, della trasparenza e dell'imparzialità, che possono essere garantiti in concreto solo se si ha la possibilità di conoscere le motivazioni dei provvedimenti e le acquisizioni istruttorie che le hanno determinate.

Di particolare interesse sono anche i dati concernenti i ricorsi presentati agli organi giurisdizionali (4%). Infatti, anche gli organi giurisdizionali possono esercitare funzioni amministrative (per ciò che riguarda, ad esempio, le questioni relative al personale dipendente) e, in questo caso, la Commissione è competente a decidere i ricorsi contro il diniego all'accesso.

Tuttavia, nell'affermare la propria competenza, la Commissione non perde mai di vista la natura dell'attività esercitata. Ad esempio, è stato ritenuto che non essendo la Corte dei conti, nell'esercizio della sua funzione di controllo, costituzionalmente garantita, qualificabile come pubblica amministrazione, ma come vero e proprio potere dello Stato, nei suoi confronti non è esercitabile il diritto di accesso, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241/90. Nello svolgimento di tale attività di controllo, infatti, la Corte dei conti opera "quale organo neutrale, estraneo allo Stato – amministrazione, nell'esercizio di funzioni di rilievo costituzionale che assicurano l'ordinato svolgersi della vita amministrativa"⁵.

Nelle decisioni della Commissione, tra l'altro, è stato sempre sottolineato il particolare regime cui è assoggettato l'accesso agli atti giudiziari. Infatti, secondo un recente orientamento giurisprudenziale, le sentenze, poiché concludono un "processo" e non un procedimento, non sono assimilabili ai documenti amministrativi⁶. I ricorsi alla Commissione sono stati giudicati quindi inammissibili,

⁵ Pareri del 16 dicembre 2008 e del 9 luglio 2007.

⁶ Consiglio di Stato, Sez. IV, 1363, 31 marzo 2008.

poiché le sentenze non possono essere ricomprese tra gli atti nei cui confronti sia esercitabile il diritto di accesso.

Sempre con riferimento al fatto che il diritto di accesso è circoscritto ai documenti amministrativi, la Commissione⁷ ha inoltre osservato, nel caso di richiesta di accesso ad un verbale di polizia municipale, che gli atti posti in essere da un'autorità amministrativa nello svolgimento di poteri di polizia giudiziaria (e cioè diretti alla prevenzione e repressione di reati) non sono riferibili all'esercizio di una funzione amministrativa ed è, perciò, inapplicabile la normativa generale sull'accesso. Al contrario, nell'ipotesi in cui l'attività di accertamento dell'amministrazione non abbia coinvolto tali profili, la pendenza di un contenzioso civile tra le parti palesa l'intento di tutelare, mediante la produzione degli atti richiesti, i propri interessi innanzi al giudice competente, con riferimento al diritto di difesa giudiziale, che è situazione giuridicamente rilevante per l'accesso e prevale sul diritto alla riservatezza del controinteressato.

Più ridotta (3%) è la percentuale dei ricorsi per l'accesso nei confronti delle autorità indipendenti di garanzia e di vigilanza. La Commissione⁸ ha stabilito la sua competenza a decidere i ricorsi contro il diniego di accesso nei confronti delle autorità indipendenti, compresa la Banca d'Italia, benché quest'ultima, in virtù della sua natura di ente pubblico economico, ritenesse di non poter essere equiparata ad un'amministrazione centrale o periferica dello Stato, ma piuttosto ad un'autorità indipendente. Le autorità indipendenti, infatti, non sono escluse dalla nozione di *"atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato"*. Del resto, l'art. 23 della legge n. 241 del 1990 stabilisce che *"il diritto di accesso di cui all'art. 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di*

⁷ Parere del 7 aprile 2008.

⁸ Decisione del 9 maggio 2008.

accesso nei confronti dell'autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'art. 24''⁹.

Infine, come si può vedere nella figura 5, i ricorsi presentati nei confronti delle regioni e degli enti locali ricoprono una proporzione significativa (15%), specie se si pensa che, in questi casi, la Commissione non è competente e il ricorso, che dovrebbe essere indirizzato invece al difensore civico competente per ambito territoriale, è dichiarato inammissibile¹⁰. Questo dato potrebbe essere la conseguenza del fatto che il difensore civico non è stato istituito uniformemente sul territorio nazionale, a seconda dei vari livelli di governo¹¹. Oltre alla disomogenea diffusione dell'istituto, tra i cittadini non è generale la conoscenza delle funzioni e dei compiti di quest'organo. Anche per l'accesso agli atti a livello locale appare, perciò, a prima vista, più agevole il ricorso alla Commissione, di cui sono immediatamente evidenti le finalità e le competenze, quale rimedio contro il diniego di accesso agli atti.

Per un'efficace promozione della trasparenza a tutti i livelli di governo, sarebbe, dunque, importante incoraggiare la conoscenza e l'utilizzazione di meccanismi di tutela più vicini al cittadino. Inoltre, nonostante il crescente rilievo della *governance* multilivello, che potenzia il ruolo del principio di sussidiarietà e promuove l'evoluzione in senso federale della forma di Stato, la garanzia e la tutela dei diritti

⁹ Il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, a proposito del diritto d'accesso nei procedimenti *antitrust*, ha affermato che esso costituisce una garanzia per le imprese accusate di intese lesive della concorrenza al fine di esplicitare il proprio diritto di difesa nell'ambito di un contraddittorio.

¹⁰ La legge 24 novembre 2000, n. 341, ha previsto l'istituto del Difensore civico (*Ombudsman*) a livello periferico in Comuni, Province e Regioni con competenze più o meno parallele a quelle della Commissione. La situazione è diventata ancora più chiara oggi con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, che prevede, alternativamente, il ricorso giustiziale all'*Ombudsman* comunale, provinciale o regionale o alla Commissione per l'Accesso a seconda che l'atto di diniego di accesso sia stato adottato da un Ente locale o da un'Amministrazione dello Stato. In un certo senso il parallelo tra il Difensore Civico e la Commissione per l'Accesso è legislativamente sancito.

¹¹ In alcuni casi la Commissione ha dovuto dichiarare la propria incompetenza benché il Difensore civico non fosse stato nominato.

sono percepite dai cittadini quali funzioni caratteristiche dello Stato centrale.

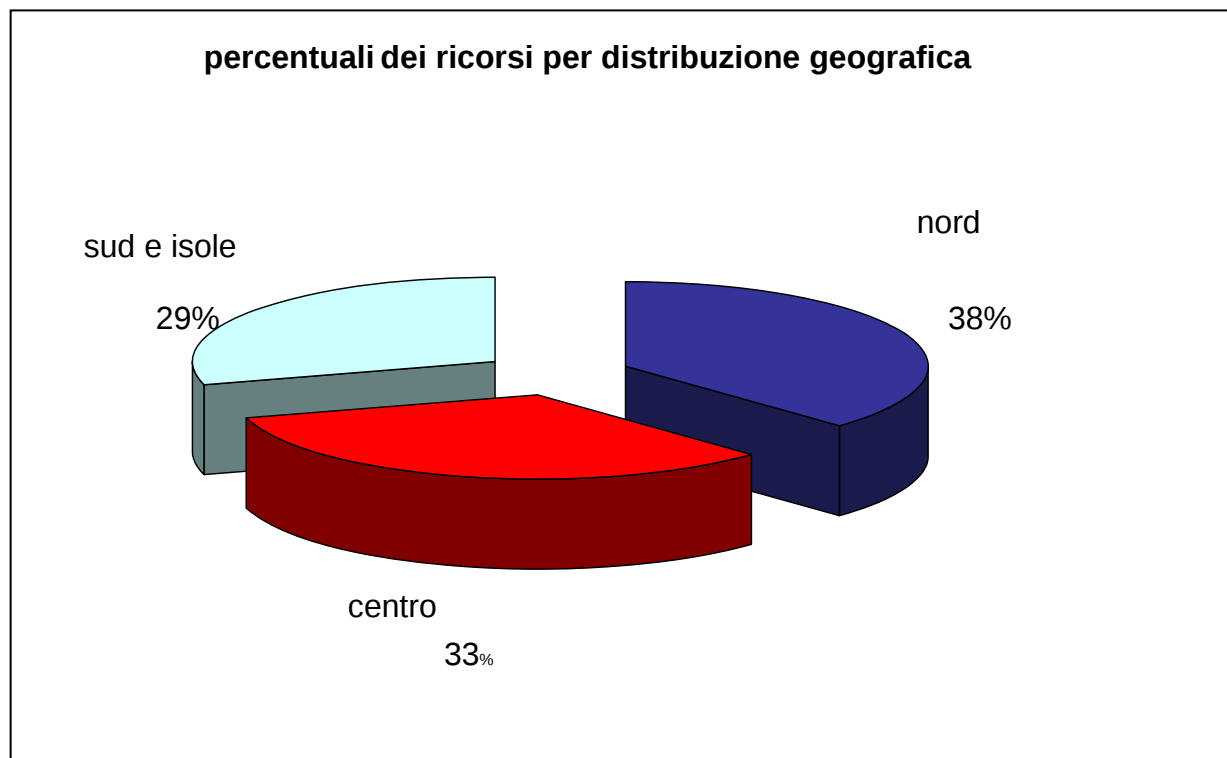
Il crescente numero di istanze rivolte alla Commissione nei confronti delle amministrazioni locali potrebbe, quindi, essere la spia del fatto che per i cittadini, la Commissione, istituzione di carattere centrale, appare come il vero garante del principio di trasparenza della pubblica amministrazione.

A questo riguardo, infine, e come si vedrà più oltre, è rilevante il ruolo consultivo della Commissione, che in alcuni casi, pur dichiarando l'inammissibilità del ricorso, non respinge la possibilità di offrire il suo contributo alle richieste dei cittadini, emanando un parere. In effetti, se si tengono in considerazione i dati, mostrati nel prosieguo, in relazione ai pareri, si può notare come le questioni poste dagli enti locali ed i pareri relativi al diritto di accesso dei consiglieri comunali, rappresentino il 40% del totale dell'attività consultiva della Commissione.

4.3 La distribuzione dei ricorsi per ambito territoriale

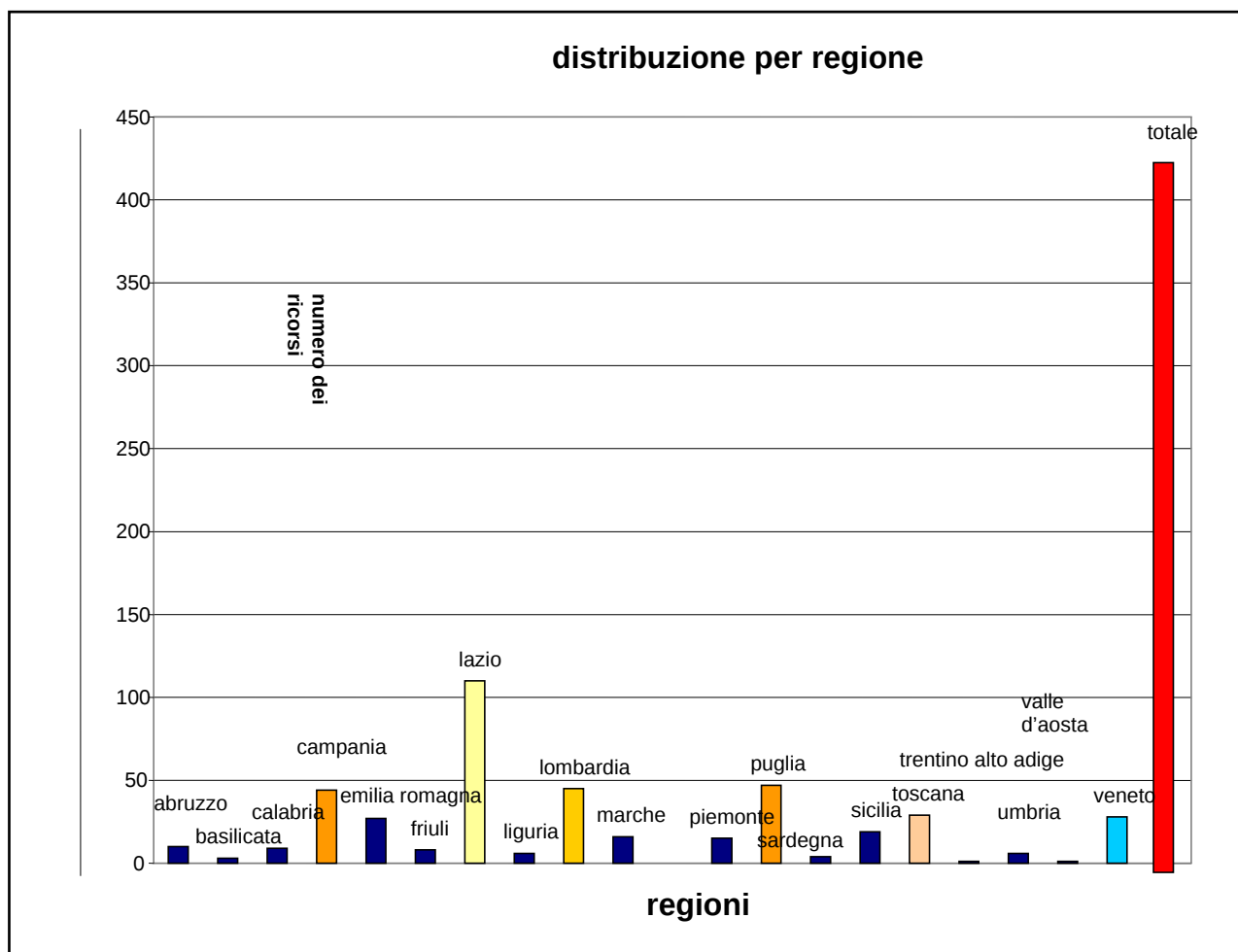
Come si evince dalla figura 6, i ricorsi sono distribuiti nel Paese in maniera abbastanza omogenea tra Nord, Centro e Sud. La distribuzione è stata calcolata considerando come riferimento il domicilio del ricorrente, anziché l'amministrazione resistente (il dato sull'amministrazione resistente è meno significativo, dal momento che molti ricorsi sono proposti contro le amministrazioni dello Stato a livello centrale).

Figura 6: distribuzione geografica dei ricorsi (domicilio del ricorrente)



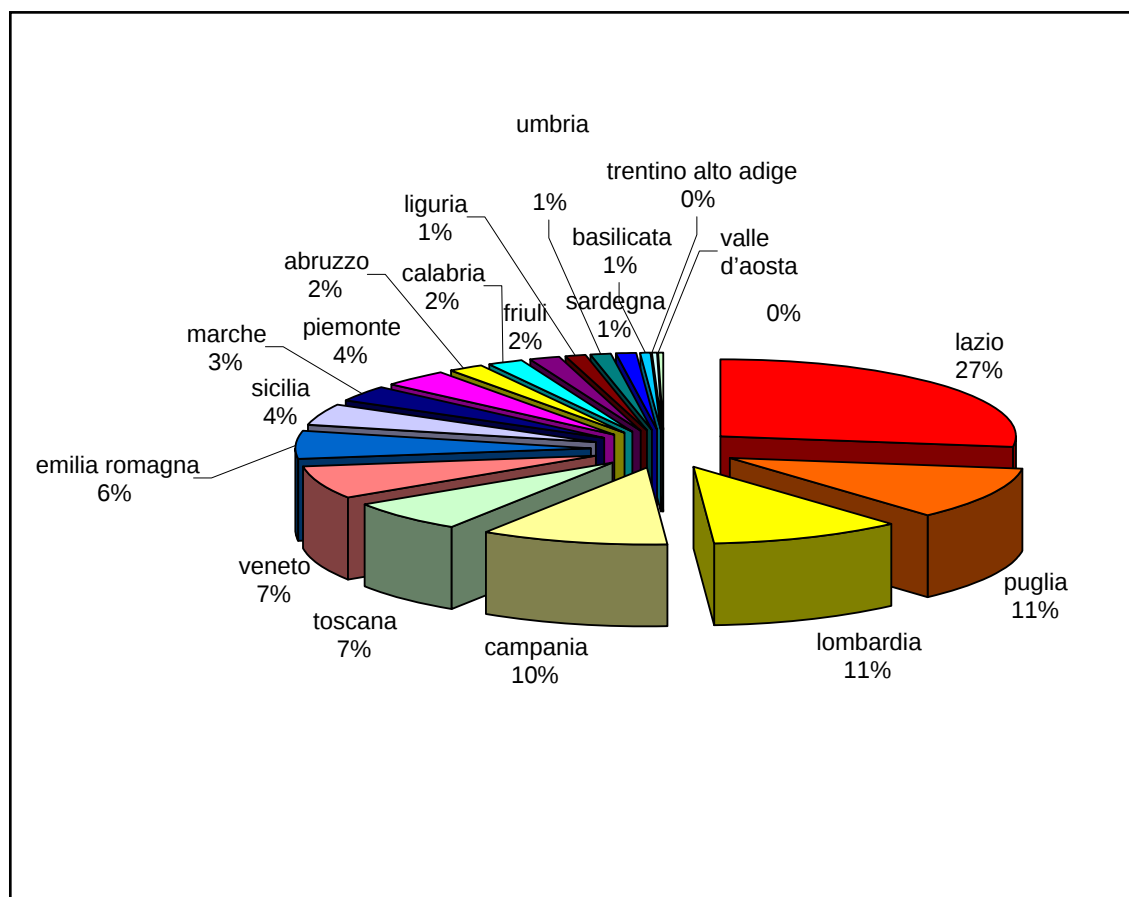
Dal dato aggregato emerge che è il Nord (con il 38%) a registrare il maggior numero dei ricorsi; la percentuale non si discosta di molto da quella del Centro (33%), mentre ci sono 9 punti tra il Nord e il Sud con le isole (29%). Il fatto che i ricorsi siano distribuiti in maniera, abbastanza equa sul territorio dimostra, innanzitutto, che non vi sono disparità per ciò che riguarda la conoscenza del ruolo e delle funzioni della Commissione per l'accesso.

Figura 7: numero dei ricorsi per regione



Dalla figura, che mostra il numero dei ricorsi suddiviso per regione, si evince che è il Lazio la regione nella quale vengono presentati più ricorsi rispetto al numero totale (una spiegazione, oltre al numero degli abitanti, potrebbe essere la presenza delle sedi delle amministrazioni centrali) seguito dalla Lombardia, dalla Puglia e dalla Campania.

Figura 8: percentuale dei ricorsi in base al domicilio del ricorrente



La figura mostra la rilevanza in percentuale delle varie regioni sul totale della presentazione dei ricorsi. Il Molise è l'unica regione nella quale non sono stati presentati ricorsi alla Commissione ed è ridottissima la percentuale dei ricorsi presentati nel Trentino e nella Valle d'Aosta; seguono Sardegna, Basilicata e Liguria con l'1%, Calabria, Abruzzo e Marche con il 2%. Queste basse percentuali sono spiegabili con il numero di abitanti di queste regioni (sono infatti le regioni meno popolate).

Dopo il Piemonte e la Sicilia, che si attestano al 4%, la percentuale cresce con l'Emilia Romagna (6%), il Veneto e la Toscana (7%). Sono simili le proporzioni di Campania, Lombardia e Puglia (10 e 11%), ma la percentuale veramente considerevole, come già

illustrato sopra, è quella del Lazio (27%), regione nella quale viene presentato più di un quarto del totale dei ricorsi.

5. Le funzioni consultive, di proposta e di impulso della Commissione

5.1 *I pareri*

Non meno rilevanti, ai fini della concreta conoscibilità dell'azione amministrativa, sono le funzioni consultive, di proposta e di impulso.

La Commissione: esprime pareri su quesiti, istanze e regolamenti, al fine di assicurare che i livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto di accesso siano applicati in modo uniforme sul territorio nazionale; propone al governo le modifiche ai testi legislativi e regolamentari e interviene presso le pubbliche amministrazioni per garantire la trasparenza.

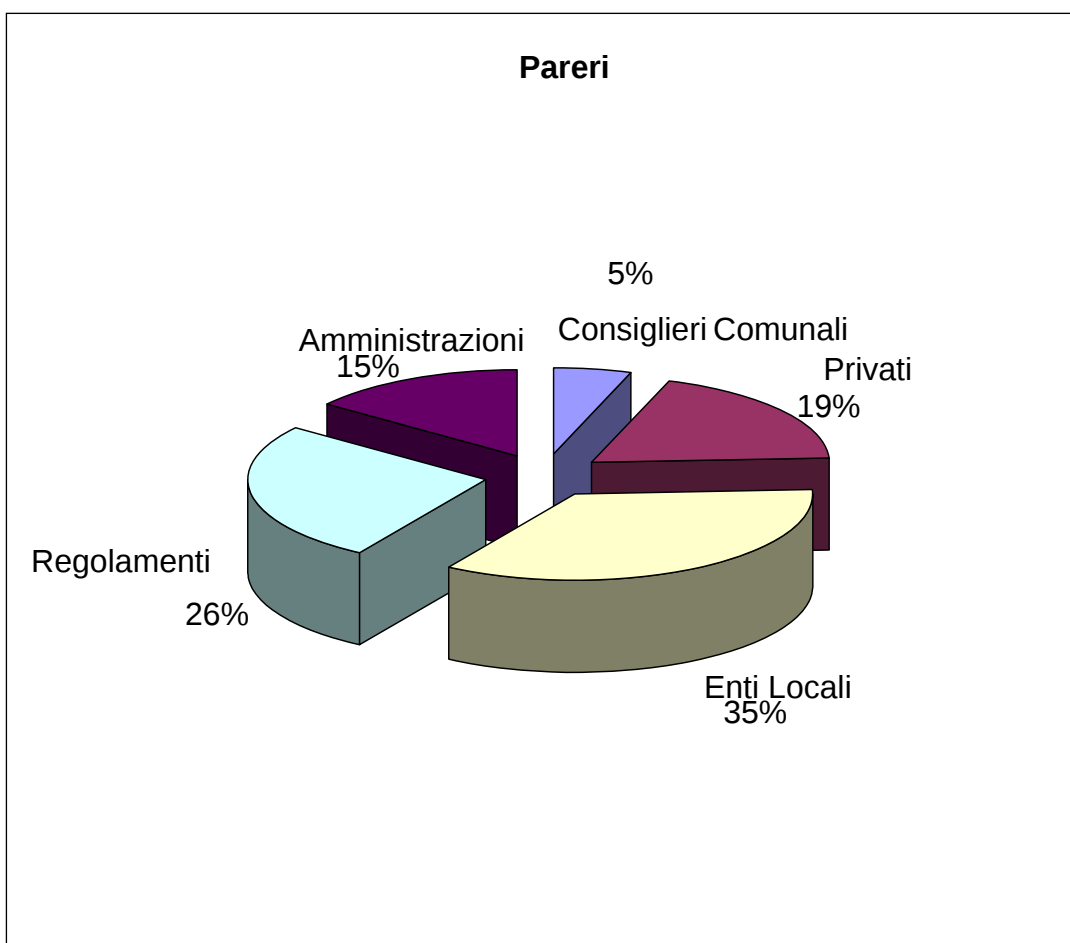
Dalla figura 9 si può notare che la maggior parte dei pareri sono richiesti dagli enti locali (35%). Il 5% riguarda richieste sul diritto di accesso dei consiglieri comunali. Le altre sono richieste di parere provenienti da altre amministrazioni a livello centrale o periferico (15%) e provenienti da privati (19%) e l'emanazione di pareri su regolamenti.

La classificazione apparirebbe a prima vista incongruente poiché, nella maggior parte dei casi, la categoria fa riferimento al soggetto richiedente; il grafico che segue offre, invece, un'immagine realistica della suddivisione dei pareri, in quanto nella banca dati della Commissione le richieste di pareri su regolamento sono considerate una categoria a sé stante.

Una parte rilevante dell'attività della Commissione consiste, infatti, nel rendere pareri sui regolamenti adottati dalle amministrazioni per garantire l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi. La Commissione può dichiarare la conformità del

parere alla normativa vigente in materia di accesso ed esprimere parere favorevole. In alcuni casi il parere favorevole è condizionato all'adozione di modifiche alle disposizioni del regolamento; in altri, la Commissione suggerisce di espungere alcune disposizioni, quando siano considerate superflue o ripetitive rispetto alla disciplina legislativa in vigore. Come si può notare dal grafico, per il 2008 la percentuale di pareri su regolamenti è assai consistente (26%) ed è quasi raddoppiata rispetto all'anno scorso (11%).

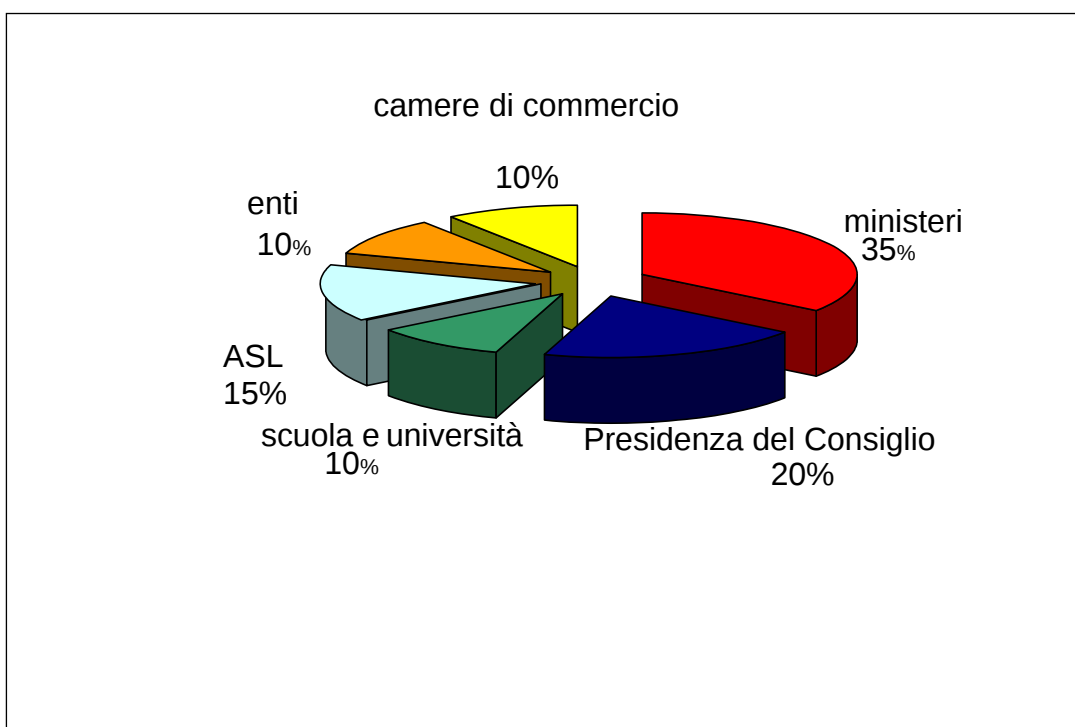
Figura 9: suddivisione dei pareri in base ai richiedenti e all'oggetto



La figura 10 mostra la distribuzione delle richieste di parere rispetto alle amministrazioni, senza considerare i pareri richiesti dagli enti territoriali. Sul totale, sono i ministeri a rappresentare la porzione

maggiore di richieste di parere (35%). Come si può notare, sul totale delle richieste si raggiunge il 55%, se si sommano, alle richieste dei ministeri, le richieste provenienti dai vari Dipartimenti della Presidenza del Consiglio dei ministri, che rappresentano il 20% sul totale.

Figura 10: pareri suddivisi in base alle amministrazioni richiedenti (esclusi gli enti territoriali)



Il resto delle richieste è più o meno equamente distribuito tra altri enti, le camere di commercio e la scuola (10%), con una porzione un po' più consistente per ciò che riguarda le Aziende sanitarie locali (15%). A questo riguardo, si deve sottolineare che la Commissione¹² ha statuito che le istanze contro i provvedimenti di diniego all'accesso (espresso o tacito) o di differimento ai sensi dell'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990 delle Aziende sanitarie locali devono essere presentate al difensore civico e non alla Commissione, in quanto tali aziende non possono essere considerate amministrazioni

¹² Pareri del 12 marzo 2008 e del 1 luglio 2008.

centrali o periferiche dello Stato, neanche attraverso un'esegesi estensiva della norma.

5.2 *Gli interventi*

Ai sensi dell' art. 27, comma 6, della legge 7 agosto 1990, n. 241: *"Tutte le amministrazioni sono tenute a comunicare alla Commissione, nel termine assegnato dalla medesima, le informazioni ed i documenti da essa richiesti, ad eccezione di quelli coperti da segreto di Stato"*.

La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi può, pertanto, intervenire attraverso l'inoltro di una propria nota alle amministrazioni competenti, prevedendo l'obbligo di riferire in merito alle problematiche segnalate in materia di accesso, entro trenta giorni dal ricevimento della nota medesima.

Va evidenziato che le richieste di intervento sono volte essenzialmente a garantire trasparenza e chiarezza nell'operato delle amministrazioni locali e periferiche.

Tale attività è strettamente collegata all'attività consultiva, poiché in molti casi la richiesta di intervento si conclude con l'emanazione di un parere che valuta la legittimità della richiesta di accesso. Nel corso del 2008 è stato dato corso a 12 interventi della Commissione.

6. L'interpretazione del principio di trasparenza attraverso le decisioni più significative della giurisprudenza e della Commissione

Le pronunce della Commissione concorrono, con le sentenze dei giudici amministrativi, all'attuazione del principio di chiarezza e trasparenza dell'azione amministrativa, allo sviluppo della concreta definizione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, precisandone la natura giuridica, le posizioni legittimanti, l'oggetto, i limiti e il temperamento con altre situazioni giuridicamente tutelate, come il diritto alla riservatezza.

Qui di seguito si riportano i contributi giurisprudenziali e le posizioni della Commissione nel corso del 2008, riferite ad alcune tematiche più rilevanti in materia di accesso. Nella prima sezione sono stati analizzati i casi in cui la giurisprudenza ritiene legittimo il diniego all'accesso, che costituiscono eccezioni al principio generale di trasparenza, nella seconda sezione è stata esaminata la posizione dei controinteressati, la cui esigenza di riservatezza controbilancia il diritto di accesso e infine, nella terza sezione è stato evidenziato, il diritto di accesso dei consiglieri comunali e dei cittadini residenti nel Comune, attraverso il quale si realizzano compiutamente il principio di sussidiarietà e di controllo democratico dei pubblici poteri.

6.1 I casi di diniego di accesso

La legge n. 241 del 1990, nell'intento di assicurare il bilanciamento tra il principio di trasparenza e altre esigenze della pubblica amministrazione, disciplina i casi di esclusione dal diritto di accesso. Ai sensi dell'art. 24, *Esclusione dal diritto di accesso*:

“1. Il diritto di accesso è escluso:

a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo;

b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;

c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione;

d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi.

2. Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1.

3. Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

4. L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento.

5. I documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso.

6. Con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi:

a) quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione;

b) quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria;

c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini;

d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono;

e) quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.

7. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o

per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale" .

La Commissione, pur tutelando il principio della trasparenza attraverso un'interpretazione ampia del diritto di accesso, ha ritenuto legittimo il diniego di accesso a documenti regolati dalla normativa speciale in numerose decisioni.

La Presidenza del Consiglio dei ministri ha, inoltre, avviato, nel corso del 2008, l'attività di ricognizione per individuare gli atti e i documenti nella disponibilità dei propri dipartimenti ed uffici da sottrarre all'accesso. A tale attività, che si è recentemente conclusa, è seguita la fase di redazione del provvedimento, tuttora in corso.

6.1.1 Documenti esclusi per disciplina speciale: ordine pubblico e repressione della criminalità

La Commissione ha ritenuto legittimo il diniego all'accesso ai documenti posti a base del parere contrario al trasferimento di un militare, ritenendolo giustificato dalla disposizione dell'art. 24, comma 6, lettera c) della legge n. 241 del 1990 e dai provvedimenti adottati dalle amministrazioni che individuano le categorie dei documenti da sottrarre all'accesso.

Nel caso specifico il diniego risultava fondato sull'esigenza di escludere i documenti relativi al personale addetto ai servizi di polizia e inerenti alla tutela dell'ordine pubblico¹³. La Commissione ha inoltre

¹³ Decisione del 15 gennaio 2008. In particolare, il diniego è legittimo in quanto fondato sull'art. 4, lettera f), del d. M. 29 ottobre 1996, n. 603 che individua tra i casi di esclusione gli "atti e documenti riguardanti il funzionamento dei servizi di polizia ivi compresi quelli relativi all'addestramento, all'impiego ed alla mobilità del personale del Corpo della guardia di finanza, nonché i documenti sulla condotta del personale rilevanti ai fini della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la repressione

ritenuto sottratte all'accesso, sia in virtù delle norme generali che della disciplina speciale – e, segnatamente, del D.M. n. 415 del 1994 – gli atti e i documenti relativi alle attività di tutela dell'ordine pubblico e prevenzione e repressione della criminalità¹⁴.

Quando le istanze hanno ad oggetto la comunicazione di informazioni che non rivestono la forma di documento amministrativo, quali la copia della scheda anagrafica o della dichiarazione dei redditi, l'accesso è stato considerato da escludere in virtù dell'art. 5 del D.M. n. 603 del 1996, che sottrae all'accesso la documentazione finanziaria, economica, patrimoniale e tecnica di persone fisiche e giuridiche, gruppi, imprese e associazioni comunque acquisita ai fini dell'attività amministrativa¹⁵.

Del resto le disposizioni generali della legge n. 241 del 1990 escludono l'accesso nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano (art. 24, comma 1, lett. e).

Su questa base è stato ritenuto legittimo il diniego all'accesso riguardante i carteggi relativi ad indagini fiscali, esposti e denunce in materia tributaria¹⁶.

della criminalità e quelli relativi ai contingenti delle Forze armate posti a disposizione dell'Autorità di pubblica sicurezza" e lettera g) "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, ovvero inerenti all'attività di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica o di prevenzione e repressione della criminalità, salvo che si tratti di documentazione che, per disposizione di legge o di regolamento, debba essere unita a provvedimenti o atti soggetti a pubblicità". Parimenti sono stati ritenuti sottratti all'accesso i documenti relativi ad ordini di servizio e licenze dell'Arma dei carabinieri (sulla base del d.m. n. 259 del 1995).

¹⁴ Decisioni del 15 gennaio e 25 novembre 2008.

¹⁵ Decisione del 25 novembre 2008.

¹⁶ Rispettivamente decisione 9 maggio 2008 e 25 novembre 2008.

6.1.2 Accesso agli atti, diritto di difesa, procedimento giurisdizionale

Il Consiglio di Stato¹⁷ ha ritenuto che il diritto di difesa sia, di per sé, sufficiente a giustificare la richiesta di accesso e sia, quindi, possibile accedere alla documentazione contenente le dichiarazioni dei dipendenti rese in sede ispettiva con modalità che escludono l'identificazione. Anche gli atti secretati afferenti ad un giudizio penale *in itinere*, se utilizzati dall'amministrazione in una procedura amministrativa sanzionatoria, devono essere esibiti, ancorché in via riservata agli interessati, perché, in caso contrario, si avrebbe una manifesta violazione del diritto di difesa¹⁸. Se l'amministrazione, viceversa, non ritiene che siano utilizzabili, il procedimento va sospeso in virtù della pregiudizialità penale.

La Commissione¹⁹ ha stabilito che quando gli atti oggetto della domanda di accesso siano stati trasmessi al giudice penale e acquisiti da quest'ultimo con provvedimento di sequestro, il diniego all'accesso è legittimo, trattandosi di circostanza idonea a ingenerare in capo all'amministrazione uno specifico obbligo di segretezza e, di riflesso, ad escludere o a limitare la facoltà dei soggetti interessati di averli in visione. Se non c'è un provvedimento di sequestro, l'accesso agli atti può essere consentito nel rispetto dei principi generali in tema di legittimazione attiva. L'istanza di accesso può, quindi, essere soddisfatta solo al termine del procedimento giurisdizionale in corso, in quanto i documenti contenenti dati giudiziari sono tutelati ai sensi dell'art. 22 del Codice per la protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196 del 2003).

¹⁷ Consiglio di Stato sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3798.

¹⁸ Consiglio di Stato sez. IV 16 settembre 2008 n. 4363.

¹⁹ Pareri del 9 maggio e del 16 dicembre 2008.

Inoltre il Consiglio di Stato ha recentemente stabilito²⁰ che i principi contenuti nell'art. 2 del d.P.C.M. 26 gennaio 1996, n. 200 (regolamento recante norme per la disciplina di categorie di documenti dell'Avvocatura dello Stato sottratti al diritto di accesso) sono di generale applicazione. Quindi, ai sensi del comma 1, dell'art. 24, della legge n. 241 del 1990, in virtù del segreto professionale, già previsto dall'ordinamento, "al fine di salvaguardare la riservatezza nei rapporti tra difensore e difeso, sono sottratti al diritto di accesso i seguenti documenti: a) pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e inerente la corrispondenza; b) atti defensionali; c) corrispondenza inerente agli affari di cui ai punti a) e b)".

La *ratio* di queste disposizioni consiste nell'esigenza di salvaguardare la strategia processuale della parte, che non è tenuta a rivelare ad alcun soggetto come intende confutare le pretese avversarie. Qualora, invece, fosse espresso un parere, anche di ordine legale, in un procedimento amministrativo, l'accesso non potrebbe essere negato, poiché costituirebbe un atto del relativo procedimento.

Il Consiglio di Stato²¹ ha, inoltre, ritenuto che il regime dell'accesso non si applica alle sentenze della Commissione tributaria, perché le sentenze non possono essere considerate documenti amministrativi, in quanto l'art. 22, della legge n. 241, del 1990 si riferisce ad atti, anche interni, formati dalla pubblica amministrazione, che siano espressione di attività amministrativa. L'art. 23 della legge n. 241 inoltre non annovera tra i soggetti passivi dell'accesso gli organi giurisdizionali, che emettono atti con un regime definito completamente estraneo alla disciplina dell'accesso.

La giurisprudenza amministrativa²², inoltre, è concorde nel ritenere che quando l'accesso è esercitato per la difesa di un interesse

²⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2008, n. 3119 e sez. IV, n. 6200/2003, n. 1137/1998, sez. V, n. 1137/1998.

²¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 31 marzo 2008, n. 1363.

²² Consiglio di Stato sez. V, 27 maggio 2008, n. 2511.

giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla sua difesa, l'interesse alla riservatezza receda. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'art. 24, comma 7, stabilisce che l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60 del Codice per la protezione dei dati personali, quando si tratti di dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale. Il diritto di accesso avrà la prevalenza solo nei limiti della stretta indispensabilità e, cioè, se la situazione sottostante sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato e consista, quindi, in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

Del resto la tutela della segretezza e della riservatezza sono considerate recessive rispetto al diritto di difesa, ma non in modo assoluto: ai fini del bilanciamento tra esigenze di riservatezza e diritto di accesso occorre, dunque, valutare di volta in volta la funzionalità dell'accesso alla salvaguardia della posizione soggettiva protetta ed è necessario, in tale valutazione, salvaguardare anche gli altri interessi coinvolti, che potrebbero rispondere a principi di rango costituzionale pari al diritto di difesa²³.

La posizione giuridica da difendere deve essere legata ad un interesse concreto ed attuale e la richiesta dei documenti deve essere, pertanto, circostanziata e commisurata alla tutela dell'interesse da cui muove l'istanza d'accesso. Se è vero che la richiesta non deve essere intesa in modo formalistico, specie nel caso di procedimenti molto articolati e complessi, è anche vero che possono essere rigettate richieste generiche di documenti non legati alla posizione giuridica tutelata, quando hanno un intento esplorativo o di controllo generalizzato dell'attività amministrativa²⁴.

²³ Consiglio di Stato sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3960.

²⁴ Consiglio di Stato sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2422.

6.1.3 Accertamenti ispettivi

La Commissione ha confermato l'indirizzo, ormai consolidato, della giurisprudenza, ritenendo giustificato il diniego all'accesso quando la documentazione richiesta riguardi attività ispettive. In particolare, il diniego è stato ritenuto legittimo per i documenti contenenti le attività di accertamento dell'Ispettorato del lavoro, espressamente sottratti al diritto di accesso, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera b) del D.M. 4 novembre 1994, n. 757, recante il regolamento adottato dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale, ai sensi dell'art. 24, comma 4, della legge n. 241 del 1990²⁵.

Sono da ritenersi esclusi dall'accesso anche i documenti relativi alle dichiarazioni rese agli ispettori nel corso degli accertamenti ispettivi dell'I.N.P.S., all'esito dei quali è stata comminata all'istante una sanzione pecuniaria, anche se la richiesta di accesso è volta alla tutela di diritti in sede contenziosa²⁶.

Sono, inoltre, a giudizio della Commissione, sottratte all'accesso le dichiarazioni dei dipendenti sulla cui base sia stato redatto il verbale ispettivo, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettere c) e d) del D.M. 4 novembre 1994, n. 757, che dispongono l'esclusione dall'accesso ai documenti contenenti notizie acquisite nel corso di attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare indebite pressioni o pregiudizi per i lavoratori o i terzi, nonché ai documenti contenenti notizie riguardanti le aziende pubbliche o private, quando la loro divulgazione possa portare effettivo pregiudizio al diritto alla riservatezza o provocare concretamente una indebita concorrenza²⁷.

Sono, invece, accessibili gli atti relativi a denunce ed esposti che abbiano dato luogo a procedimenti ispettivi nell'ambito delle Direzioni Provinciali del Lavoro. Questo orientamento della

²⁵ Parere 7 ottobre 2008.

²⁶ Decisione del 15 gennaio 2008.

²⁷ Decisione del 4 novembre 2008.

Commissione conferma quello della giurisprudenza, secondo il quale “la tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo alla legalità repubblicana²⁸”.

6.1.4 Le limitazioni all’accesso nel codice dei contratti pubblici

Particolari limitazioni derivano da specifiche disposizioni concernenti la disciplina dell’accesso, quali quelle contenute nell’art. 13, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE):

1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, 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 dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all’elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all’elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all’elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all’elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la

²⁸ Decisioni del 15 gennaio e dell’11 febbraio 2008 e Consiglio di Stato, sez. V 22 giugno 1998, n. 923.

cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;

c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.

3. Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

4. L'inosservanza del comma 2 e del comma 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'articolo 326 del codice penale.

5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;

c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

6. *In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.*

7. *Limitatamente ai contratti nei settori speciali soggetti alla disciplina della parte III, all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della selezione degli operatori economici e dell'affidamento dei contratti, gli enti aggiudicatori possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono.*

7-bis. *Gli enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili agli operatori economici interessati, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti.*

In considerazione delle peculiarità del settore, la giurisprudenza considera tale disciplina una sorta di "microsistema normativo" con regole proprie da qualificare come regole speciali, che ampliano i limiti oggettivi del segreto e prevalgono sul principio generale di trasparenza. Il Consiglio di Stato ha ricordato che "l'accesso ai documenti che contengono segreti commerciali (...) rappresenta un'eccezione, e può avvenire solo limitatamente a quegli elementi essenziali (cioè assolutamente necessari) per l'esercizio del diritto di difesa delle imprese"²⁹.

²⁹ Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2008 n. 102.

L'art. 13, comma 6 del Codice dei contratti pubblici stabilisce, tuttavia, che l'accesso sia consentito al concorrente che abbia partecipato alla selezione e chieda l'accesso in vista della difesa in giudizio dei propri interessi (non è pertanto consentito l'accesso a un terzo, pur portatore di un interesse qualificato) e solo in funzione di una difesa in giudizio. Dal momento che le norme sono tanto circostanziate, la giurisprudenza ritiene che debba essere effettuato un controllo accurato sull'effettiva utilità della documentazione richiesta e che l'accesso debba essere negato "quando l'impresa aggiudicataria abbia dichiarato che esistono esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale e il richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare una tale documentazione per uno specifico giudizio"³⁰.

Per ciò che riguarda la tutela di segreti industriali o di *know how*, il Consiglio di Stato ha ribadito, comunque, a proposito dei rapporti tra diritto d'accesso e riservatezza nei procedimenti *antitrust*, la necessità di bilanciare l'interesse alla tutela delle informazioni riservate con quello alla tutela del diritto di difesa delle parti³¹. La Commissione ha ritenuto che l'accesso debba essere consentito quando le società controinteressate formulino le proprie deduzioni a tutela della riservatezza e del proprio *know how* in maniera del tutto generica e senza alcuno specifico riferimento a concrete situazioni che facciano quanto meno presumere l'esistenza di procedimenti industriali di carattere riservato³².

L'accesso endoprocedimentale alle informazioni e deduzioni fornite da un altro concorrente nel corso di una procedura di affidamento e di esecuzione non dovrebbe essere invece consentito, quando sia allegato il segreto professionale sulla base di riferimenti

³⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121.

³¹ Sentenza n. 102 del 17 gennaio 2008, cit.

³² Parere del 16 settembre 2008.

analitici e circostanziati³³. L'accesso potrà essere ammesso sulla base del comma 6, dell'art. 13, del d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163 solo dopo la conclusione del procedimento di aggiudicazione, quando sia motivato dalla comprovata necessità della difesa giudiziale del concorrente svantaggiato.

6.1.5 Gestore di pubblico servizio

Sono esclusi dall'applicazione della disciplina del diritto di accesso gli enti gestori di pubblico servizio³⁴, quando gli atti non siano direttamente connessi allo svolgimento del servizio, ma siano collegati ad attività imprenditoriali accessorie che possono essere svolte da qualunque soggetto economico e non direttamente interferenti con la prestazione del servizio stesso.

La Commissione ha ritenuto che le regole di trasparenza della pubblica amministrazione e di diritto di accesso ai relativi atti si applicano, oltre che alle pubbliche amministrazioni, anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico (tra i quali rientrano i concessionari di servizi pubblici)³⁵.

In definitiva, nel concetto di "pubblica amministrazione" destinataria della disciplina dell'accesso è stato incluso anche il soggetto di diritto privato, limitatamente all'attività di pubblico interesse da esso svolta, a prescindere dalla formale assunzione della natura pubblica o privata del soggetto giuridico.

³³ Parere del 7 aprile 2008.

³⁴ Consiglio di giustizia amministrativa Sicilia sez. giurisdizionale 21 luglio 2008, n. 658.

³⁵ Decisione del 10 giugno 2008. Quando il servizio pubblico sia gestito da società partecipata interamente dal Comune o da altro ente locale, la Commissione (decisione del 16 settembre 2008) ha dichiarato il ricorso inammissibile per incompetenza, in quanto in tal caso il ricorso deve essere rivolto al difensore civico competente per ambito territoriale o al T.A.R.

6.1.6 Accessibilità di documenti detenuti da organi costituzionali non configurabili come pubbliche amministrazioni

I ricorsi contro il diniego all'accesso di uffici delle Camere sono stati giudicati inammissibili per incompetenza, in quanto le amministrazioni di organi costituzionali, quali la Camera dei Deputati o il Senato della Repubblica, non rientrano nella definizione dell'art. 25, comma 4, della legge n. 241, del 1990, secondo la quale la Commissione è competente a decidere i ricorsi contro il diniego o il differimento dell'accesso delle "amministrazioni centrali e periferiche dello Stato"³⁶.

Seguendo un analogo orientamento, la Commissione ha rigettato il ricorso contro un diniego di accesso ad atti e/o documenti utilizzati per la redazione di una risposta ad un atto di sindacato ispettivo, contenuti nel fascicolo personale di un soggetto³⁷.

Secondo la Commissione, infatti, l'accesso alla documentazione utilizzata per formulare la risposta scritta ad un'interrogazione parlamentare, non è consentito, sia perché la risposta costituisce un atto politico e non amministrativo – e solo ad atti di quest'ultima natura è consentito l'accesso – sia perché la risposta è atto non dell'amministrazione, ma della Camera alla quale appartiene l'interrogante.

A supporto della decisione è stata richiamata anche la sentenza resa dal TAR Lazio "è incontestabile che il diritto di accesso, disciplinato dall'art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha ad oggetto documenti amministrativi formati nel corso di procedimenti amministrativi" e "non può ritenersi che la risposta data" dall'amministrazione "ad una interrogazione parlamentare (...) costituisca l'atto conclusivo di un procedimento amministrativo, atteso

³⁶ Decisione del 1 luglio 2008.

³⁷ Plenum del 10 giugno 2008.

che la stessa si inquadra in una procedura attivata da un atto ispettivo di carattere politico compiuto da un parlamentare”³⁸.

In seguito, il T.A.R., con sentenza n. 637 dell’8 ottobre 2008 ha invece annullato la decisione della Commissione, ordinando all’amministrazione di consentire l’accesso, ritenendo la decisione confliggente con la *ratio* dell’art. 22 lettera d) della legge n. 241, del 1990, che definisce il documento amministrativo. L’ampiezza della formula utilizzata dal legislatore³⁹ mira, infatti, a dare il massimo rilievo al principio della trasparenza e a garantire, quindi, il diritto di accesso a prescindere dalla natura dei documenti richiesti e dalla loro “pertinenza” ad un determinato procedimento. La legittimazione sussiste, quindi, in capo all’interessato sulla base di due presupposti: da un lato, la detenzione di un atto da parte della P.A.; dall’altro, la sussistenza di un interesse qualificato all’accesso alla tutela in funzione della posizione soggettiva del richiedente, ed è irrilevante il fatto che un atto detenuto dalla p.a. sia connesso ad un certo procedimento amministrativo. L’amministrazione ha, perciò, il dovere di fornire tutti gli atti in forza dei quali è stata formulata la risposta scritta all’interrogazione parlamentare.

6.2 *Notifiche ai controinteressati*

In base all’art. 22, comma 1 lettera c), della legge n. 241 del 1990 per controinteressati si intendono tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili, in base alla natura del documento richiesto, che dall’esercizio del diritto di accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza. Questa situazione è meritevole di

³⁸ T.A.R. Lazio, Sez. III ter, con la decisione n. 9344 del 2005.

³⁹ Ai sensi dell’art. 22, lettera d): “ *per «documento amministrativo», si intende ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*”.

un'analisi approfondita, in vista di un bilanciamento tra il principio della trasparenza e la tutela della riservatezza, che impone, anche nel caso del procedimento davanti alla Commissione, un'integrazione del contraddittorio. Si ricordi, infatti, che ai sensi dell'art. 12, comma 4, lettera b) del d.P.R. n. 184, del 2006, al ricorso deve essere allegata copia dell'avvenuta notifica ai controinteressati, ove già individuati nella richiesta di accesso (e se questo manca, la Commissione dichiara il ricorso inammissibile).

La tutela del controinteressato non può costituire un ingiustificato ostacolo all'accesso e, infatti, la Commissione ha stabilito che l'opposizione del controinteressato, isolatamente considerata, non è motivo sufficiente per negare l'accesso, dal momento che spetta all'amministrazione, anche in caso di opposizione, effettuare il bilanciamento tra accesso e riservatezza⁴⁰.

La giurisprudenza più recente ha contribuito a definire la nozione di controinteressato cui deve essere notificata la richiesta di accesso.

In particolare, il Consiglio di Stato ha stabilito che: "In materia di accesso agli atti amministrativi, deve essere accolta la richiesta di ostensione formulata previa espressione della volontà dell'accedente di visione ed estrazione di copia dei documenti indicati nell'istanza, ma con schermatura dei nominativi a cui i dati si riferiscono e questo perché deve essere consentito al richiedente di esercitare il diritto di difesa connesso all'acquisizione dei documenti richiesti. La schermatura non sacrifica il diritto alla *privacy* dei soggetti ai quali i dati ineriscono, cosicché gli stessi, proprio per l'impossibilità della loro identificazione, non sono controinteressati e, pertanto, il ricorso giurisdizionale non deve essere loro notificato"⁴¹.

⁴⁰ Parere del 22 luglio 2008.

⁴¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 7 ottobre 2008, n. 1748.

Nel caso di un concorso pubblico, il T.A.R. del Lazio⁴² ha ritenuto che non solo la documentazione prodotta dai candidati, i verbali, le schede di valutazione, ma anche gli stessi elaborati costituiscano “documenti rispetto ai quali deve essere esclusa in radice l'esigenza di riservatezza a tutela dei terzi”. Infatti: “i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno evidentemente acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza. Tali atti, quindi, una volta acquisiti alla procedura, escono dalla sfera personale dei partecipanti che, pertanto, non assumono la veste di controinteressati in senso tecnico”. La previa comunicazione dell'istanza agli altri candidati non assume rilevanza, dal momento che non potrebbero comunque opporsi all'ostensione dei documenti richiesti dal ricorrente.

6.3 *L'accesso dei consiglieri comunali*

Il consigliere comunale ha un amplissimo diritto all'informazione, funzionale ai compiti di indirizzo e di controllo affidati al Consiglio comunale, regolato dall'art. 43 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL):

1. I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di iniziativa su ogni questione sottoposta alla deliberazione del consiglio. Hanno inoltre il diritto di chiedere la convocazione del consiglio secondo le modalità dettate dall'articolo 39, comma 2, e di presentare interrogazioni e mozioni.

2. I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro

⁴² T.A.R. - Lazio sent. n. 6450, 8 luglio 2008.

possesto, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.

3. Il sindaco o il presidente della provincia o gli assessori da essi delegati rispondono, entro 30 giorni, alle interrogazioni e ad ogni altra istanza di sindacato ispettivo presentata dai consiglieri. Le modalità della presentazione di tali atti e delle relative risposte sono disciplinate dallo statuto e dal regolamento consiliare.

4. Lo statuto stabilisce i casi di decadenza per la mancata partecipazione alle sedute e le relative procedure, garantendo il diritto del consigliere a far valere le cause giustificative".

Per evitare che l'attività amministrativa del Comune sia ostacolata dalla necessità di evadere una richiesta di accesso dal contenuto molto ampio o generico, la giurisprudenza ha fissato alcuni limiti. Le istanze devono, perciò, essere comunque specifiche e dettagliate, in modo da recare gli elementi identificativi dell'atto e devono essere contenute nei limiti della proporzionalità e della ragionevolezza. L'amministrazione può, pertanto, negare l'accesso, qualora manchi una ragione che spieghi la relazione tra i fini del mandato di consigliere comunale e la richiesta di accesso, poiché ciò fa presumere che la richiesta abbia un mero contenuto emulativo.

La giurisprudenza amministrativa⁴³ ha, ad esempio, ritenuto legittimo il diniego nei confronti della richiesta di accesso al protocollo generale del Comune, poiché si tratta di documento di uso interno che comprende atti di natura diversa, in qualche caso concernente materie coperte dal vincolo di riservatezza.

Il diritto del consigliere si concretizza infatti nella possibilità di prendere visione degli "atti che rientrano nella sfera di interesse del consigliere e sono perciò utili per il compimento del suo mandato".

⁴³ T.A.R. Cagliari Sardegna Sez. I, 16 gennaio 2008, n. 32.

Il Consiglio di Stato⁴⁴ ha, poi, stabilito che il carattere strumentale dell'informazione, resa al consigliere comunale, di esercitare il controllo politico amministrativo sull'ente, non può prescindere dall'esigenza che questo diritto si espliciti in modo da comportare il minor aggravio possibile per gli uffici comunali, sia dal punto di vista organizzativo, sia economico. In particolare, è possibile contenere i costi di gestione dell'accesso trasferendo informazioni e documenti anche su supporto informatico, anziché cartaceo.

Anche la Commissione ha contribuito, con il gran numero di pareri resi su questa particolare forma di accesso, a meglio definire il diritto all'informazione del consigliere comunale.

Anzitutto tale diritto è considerato una situazione soggettiva privilegiata, strettamente connessa al *munus* del consigliere, tanto che la Commissione ha ritenuto illegittimo l'esercizio del diritto con l'assistenza di un tecnico di propria fiducia⁴⁵.

In particolare è stato stabilito che l'esercizio del diritto non possa essere esente dal rispetto di alcune forme e modalità; oltre alla necessità che l'interessato alleggi la sua qualità, le istanze devono essere formulate in maniera specifica e dettagliata, recando l'indicazione degli estremi identificativi degli atti o, qualora questi siano ignoti, almeno gli elementi che consentano l'individuazione dell'oggetto dell'accesso.

Inoltre deve, comunque, essere salvaguardato il diritto alla riservatezza dei terzi, in quanto il consigliere comunale ha l'obbligo di utilizzare le notizie esclusivamente ai fini dell'espletamento del proprio mandato ed è tenuto al segreto di ufficio, in base all'art. 43, comma 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e quindi al divieto di divulgare le informazioni di cui è venuto a conoscenza a causa

⁴⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6742.

⁴⁵ Parere dell'11 febbraio 2008.

dell'espletamento del mandato stesso⁴⁶. La *privacy* dei soggetti interessati può essere preservata, quando necessario, mediante l'oscuramento dei dati sensibili e strettamente personali⁴⁷.

Su questi presupposti – obbligo al segreto e tutela della riservatezza mediante oscuramento dei dati – la Commissione ha ritenuto che il consigliere possa accedere, ad esempio, alle liste e ai ruoli di carico dei tributi comunali, essendo tali informazioni preordinate alla verifica dell'efficacia e dell'imparzialità dell'azione amministrativa nel particolare settore della riscossione delle imposte e, quindi, pertinenti con l'espletamento del mandato consiliare⁴⁸.

Inoltre, nei confronti del diritto stabilito dall'art. 43, del TUEL ai fini dell'esercizio delle funzioni consiliari non operano i limiti all'accesso stabiliti dall'art. 24, comma 1 lettera c) (*atti di pianificazione e di programmazione*) della legge n. 241, del 1990. Anche le norme del regolamento comunale che limitano, anche temporaneamente, l'accesso alle informazioni di carattere psicoattitudinale relative a terzi non trovano applicazione nei confronti dei consiglieri comunali o sarebbero da disapplicare, perchè in contrasto con una fonte di grado superiore⁴⁹.

Benché amplissimo, il diritto di accesso è condizionato alle esigenze organizzative degli uffici e non può essere garantito nell'immediatezza in tutti i casi. Rientra nella facoltà del responsabile del procedimento dilazionare opportunamente nel tempo il rilascio delle copie richieste, al fine di contemperare tale adempimento straordinario con l'esigenza di assicurare l'adempimento dell'attività ordinaria. Il consigliere comunale ha, pertanto, la facoltà di prendere

⁴⁶ Parere del 15 gennaio 2008.

⁴⁷ Parere 7 ottobre 2008.

⁴⁸ Parere del 1 luglio 2008.

⁴⁹ Pareri rispettivamente del 16 settembre e del 7 ottobre 2008.

visione di quanto richiesto negli orari stabiliti presso gli uffici comunali⁵⁰.

La prevalenza delle norme contenute nel d.lgs. n. 267, del 2000 rispetto alle norme della legge n. 241, del 1990 è stabilita anche per ciò che riguarda i cittadini residenti⁵¹. Non viene ritenuto necessario, infatti, che il cittadino residente sia portatore di una situazione giuridicamente rilevante e sufficientemente qualificata rispetto a quella del *quisque de populo* per la legittimazione all'accesso, in quanto il diritto all'accesso è configurato alla stregua di un'azione popolare⁵². La posizione del cittadino residente si distingue, quindi, da quella del non residente in relazione all'accesso, per cui il non residente dovrà dimostrare la titolarità di una situazione giuridicamente rilevante e sufficientemente qualificata⁵³.

⁵⁰ Parere del 22 luglio 2008.

⁵¹ Art. 10, d. lgs. 267, del 2000: “1. Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese.

2. Il regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi e disciplina il rilascio di copie di atti previo pagamento dei soli costi; individua, con norme di organizzazione degli uffici e dei servizi, i responsabili dei procedimenti; detta le norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardano; assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione.

3. Al fine di rendere effettiva la partecipazione dei cittadini all'attività dell'amministrazione, gli enti locali assicurano l'accesso alle strutture ed ai servizi agli enti, alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni”.

⁵² Parere del 16 settembre 2008.

⁵³ Parere del 7 ottobre 2008.

7. Segreto di Stato, classifiche di segretezza e principio di trasparenza alla luce delle recenti innovazioni legislative

La legge del 3 agosto 2007, n. 124, *Sistema di informazione della Repubblica e nuova disciplina del segreto*, ha introdotto una riforma organica nel settore dei servizi di informazione per la sicurezza, basata, da un lato, su una complessiva riorganizzazione delle strutture e dei servizi e dall'altro, su una definizione più puntuale della disciplina del segreto di Stato.

7.1 Il segreto di Stato e le classifiche di riservatezza

L'art. 39, della legge 124, del 2007, stabilisce che *“sono coperti dal segreto di Stato gli atti, le informazioni, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto ad altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione della difesa militare dello Stato”*.

Non vi è una sostanziale differenza nella definizione generale del segreto di Stato, rispetto all'art. 12, della legge, n. 801, del 1977. Tuttavia, la nuova legge non solo disciplina più analiticamente lo *status* degli atti, dei documenti e delle attività vincolati al regime del segreto, ma soprattutto determina la durata del segreto.

Il potere di disporre il vincolo derivante dal segreto di Stato è attribuito in via esclusiva al Presidente del Consiglio dei ministri (art. 39, comma 4), mentre, ai sensi dell'art. 1 comma 2, della legge, n. 801

del 1977, il Presidente del Consiglio poteva delegare le attività inerenti al segreto di Stato.

La legge stabilisce anche un limite temporale al vincolo, in quanto, decorsi 15 anni dall'apposizione del segreto o dalla sua opposizione, chiunque vi abbia interesse può richiedere al Presidente del Consiglio dei ministri di avere accesso alle informazioni, agli atti e ai documenti coperti dal segreto di Stato (art. 39, comma 7). Il Presidente del Consiglio può, entro trenta giorni dalla richiesta, consentire l'accesso, salva la possibilità (prevista dall'art. 39, comma 8) di chiedere una o più proroghe del vincolo con provvedimento motivato, trasmesso senza ritardo al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica. Il limite temporale massimo stabilito per il vincolo derivante dal segreto di Stato è, comunque, di 30 anni.

L'art. 39, comma 11, stabilisce che: *"In nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale o a fatti costituenti i delitti di cui agli articoli 285 (Devastazione, saccheggio e strage allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato), 416-bis (Associazione di tipo mafioso), 416-ter (Scambio elettorale politico-mafioso) e 422 (Strage) del codice penale"*.

Il divieto è ribadito del d.P.C.M. 8 aprile 2008 (art. 4).

L'art. 39, comma 5, della legge n. 124, del 2007 prescrive che il Presidente del Consiglio disciplini con regolamento i criteri per l'individuazione delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato.

In attuazione dell'art. 39, comma 5, è stato adottato il d.P.C.M. 8 aprile 2008, recante: *Criteri per l'individuazione delle notizie, delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato*.

Il segreto di Stato interviene nei rapporti tra potere esecutivo e potere giudiziario. Infatti i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio devono astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato. Quando il testimone oppone il segreto di Stato, dell'opposizione deve essere informato il Presidente del Consiglio che può confermare il segreto con atto motivato. Nel qual caso, se la conoscenza di quanto coperto dal segreto risulti essenziale per la definizione del processo, il giudice dichiara di non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato. Della conferma deve essere data comunicazione al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, il quale, se ritiene infondata l'opposizione del segreto di Stato, ne riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni.

Il segreto di Stato, finalizzato alla salvaguardia di supremi e imprescindibili interessi dello Stato è distinto dalle classifiche di segretezza, regolate dall'art. 42, della legge n. 124, del 2007, che sono apposte dalle singole amministrazioni per circoscrivere la conoscenza delle informazioni per i soggetti che abbiano necessità di accedervi o a ciò abilitati in ragione delle loro funzioni istituzionali.

Quindi, nel caso del segreto di Stato vi è un collegamento funzionale con un interesse oggettivo da tutelare (integrità della Repubblica, difesa delle istituzioni, indipendenza dello Stato), mentre, nel caso delle informazioni riservate, il carattere della classificazione è soggettivo, poiché la segretezza deriva dalla manifestazione di volontà dell'autorità senza un collegamento con l'interesse tutelato. La conoscenza delle informazioni può essere limitata sulla base di una classificazione di segretezza articolata secondo differenti gradi (segretissimo, segreto, riservatissimo, riservato) rispondente a criteri seguiti nelle relazioni internazionali. La classifica di segretezza, nelle sue differenti gradazioni, può riguardare sia singole parti, sia un intero documento. La legge prevede la declassifica automatica a un livello di

segretezza inferiore, quando sono trascorsi 5 anni dalla data di apposizione e cessa comunque, decorso un ulteriore periodo di cinque anni, ogni vincolo di classifica .

Un apposito regolamento del Presidente del Consiglio dei ministri (ex art. 42, comma 7, della legge n. 124, del 2007) determinerà: l'ambito dei singoli livelli di segretezza, i soggetti cui è conferito il potere di classifica, gli uffici che nell'ambito della pubblica amministrazione sono collegati all'esercizio delle funzioni di informazione per la sicurezza della Repubblica e i criteri per l'individuazione delle materie oggetto di classifica. Al momento tale regolamento non è stato ancora adottato.

7.2 Il segreto, la riservatezza e la disciplina dell'accesso agli atti

La legge (art. 39, comma 7) e il regolamento (art. 10) citati disciplinano il diritto di accesso ai documenti coperti da segreto di Stato.

L'art. 39 della legge stabilisce che chiunque vi abbia interesse può richiedere al Presidente del Consiglio di avere accesso alle informazioni, ai documenti e agli atti coperti dal segreto di Stato, decorsi quindici anni dall'apposizione del segreto. Se il Presidente non decide di prorogare il vincolo, l'accesso è consentito.

Ai sensi dell'art. 10, comma 2, del d.P.C.M. 8 aprile 2008, ai fini della richiesta di accesso di cui all'art. 39, comma 7, della legge 3 agosto 2007, n. 124, il Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l'amministrazione interessata, valuta la sussistenza in capo al richiedente di un interesse diretto, concreto ed attuale collegato all'oggetto dell'accesso, nonché meritevole di giuridico

apprezzamento in relazione alla qualità soggettiva del richiedente ed alla finalità per la quale l'accesso sia richiesto.

Il comma 3, dell'art. 10, del d.P.C.M. 8 aprile 2008 stabilisce che una volta cessato il vincolo del segreto di Stato, in nessun caso può esservi esclusione del diritto di accesso motivata con ragioni di segretezza.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 7, del d.P.C.M. 8 aprile 2008, l'automatica cessazione del vincolo di segretezza non comporta l'automatica decadenza del regime della classifica e del divieto di divulgazione. Inoltre, la cessazione può comunque essere disposta anche indipendentemente dal decorso dei termini, quando vengono meno le esigenze che ne hanno determinato l'apposizione.

Per l'accesso a tutto ciò che è oggetto di classifica di segretezza non vi sono nella legge disposizioni espresse.

L'art. 10, della legge n. 124 del 2007 prevede che la conservazione dei documenti sia affidata ad un ufficio *ad hoc*, l'Ufficio centrale degli archivi, e che le modalità di conservazione e di accesso siano disciplinate da apposito regolamento⁵⁴.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 10 del d.P.C.M. 8 aprile 2008 "E' istituito nell'ambito del DIS, ai sensi dell'articolo 4, comma 7, l'Ufficio centrale degli archivi, al quale sono demandate:

a) l'attuazione delle disposizioni che disciplinano il funzionamento e l'accesso agli archivi dei servizi di informazione per la sicurezza e del DIS;

b) la gestione dell'archivio centrale del DIS;

c) la vigilanza sulla sicurezza, sulla tenuta e sulla gestione dei citati archivi;

d) la conservazione, in via esclusiva, presso appositi archivi storici, della documentazione relativa alle attività e ai bilanci dei servizi di informazione per la sicurezza, nonché della documentazione concernente le condotte di cui all'articolo 17 e le relative procedure di autorizzazione.

2. Il regolamento di cui all'articolo 4, comma 7, definisce le modalità di organizzazione e di funzionamento dell'Ufficio centrale degli archivi, le procedure di informatizzazione dei documenti e degli archivi cartacei, nonché le modalità di conservazione e di accesso e i criteri per l'invio di documentazione all'Archivio centrale dello Stato".

7.3 Aspetti critici relativi all'accesso a documenti per cui sia venuto meno il vincolo del segreto di Stato o la classificazione di segretezza

La relazione tra la decadenza dal vincolo del segreto e la richiesta di accesso merita un'analisi circostanziata.

In primo luogo, la decisione del Presidente del Consiglio di prorogare il segreto è connessa all'istanza di colui che chiede l'accesso. In realtà, poiché la legge stabilisce un termine finale per il vincolo del segreto, le amministrazioni potrebbero procedere d'ufficio, allo scadere di tale termine, ad una ricognizione dei documenti e a una classificazione relativa allo stato di accessibilità indipendentemente dalle richieste di accesso.

In secondo luogo, benché gli art. 39 e 42 della legge n. del 2007 stabiliscano, rispettivamente, la durata massima del vincolo del segreto di Stato (30 anni dall'apposizione o opposizione) e la declassificazione automatica dei documenti e delle informazioni coperte da classificazione di segretezza (10 anni, salva la possibilità di un'estensione del vincolo, che è disposta dal Presidente del Consiglio dei ministri, se superiore ai 15 anni), resta critica la questione dell'automatica accessibilità e consultabilità dei documenti non più coperti dal segreto o dalla classifica di riservatezza.

Facendo decadere il vincolo o la classificazione, il decorso del tempo sembrerebbe rendere, infatti, automaticamente accessibili informazioni e documenti, senza necessità di alcun atto ulteriore delle amministrazioni che hanno formato gli atti o apposto i vincoli. Diversamente si realizzerebbe, in concreto, una dilazione del diritto di accesso non giustificata dalle leggi. In particolare, il comma 3, dell'art. 10, del d.P.C.M. 8 aprile 2008 stabilisce che non possa esservi esclusione dal diritto d'accesso motivata da ragioni di segretezza, una volta cessato il vincolo del segreto di Stato.

Benché non manchino ambiguità in questa disposizione, se per “ragioni di segretezza” si intendono le classifiche di riservatezza ex art. 42, della legge n. 124, del 2007, allora la decadenza dal vincolo del segreto impedirebbe che questo possa essere ulteriormente prolungato apponendo ai documenti una classifica di segretezza.

D’altro canto, per ciò che riguarda le classifiche di segretezza, l’art. 42, comma 6, della legge n. 124, prescrive che la declassificazione automatica non si applica quando con provvedimento motivato, i termini di efficacia del vincolo sono prorogati dal soggetto che ha proceduto alla classifica o, nel caso di proroga oltre il termine di quindici anni, dal Presidente del Consiglio.

Da alcune disposizioni (in particolare l’art. 10, della legge n. 124 del 2007, l’art. 7 e l’art. 10, del d.P.C.M. 8 aprile 2008, nonché i regolamenti interni degli archivi di Camera e Senato che custodiscono documenti riservati) e dall’orientamento delle amministrazioni interessate (ad es. Ministero dell’Interno) emerge invece che la cessazione del vincolo o la declassificazione non comporterebbero l’automatica accessibilità o la divulgazione, ma sarebbe necessario un atto dell’amministrazione o l’adozione di un regolamento. Si richiama anche quanto stabilito dall’art. 204, comma 1 *quinquies*, del codice di procedura penale, introdotto dalla legge n. 124 del 2007: *“Quando il Presidente del Consiglio dei ministri non ritenga di confermare il segreto di Stato, provvede, in qualità di Autorità nazionale per la sicurezza, a declassificare gli atti, i documenti, le cose o i luoghi oggetto di classifica di segretezza, prima che siano messi a disposizione dell’autorità giudiziaria competente”*. In questo caso, alla mancata conferma del segreto sembra debba seguire un atto ulteriore di declassifica.

Permane, in terzo luogo, incertezza circa i termini entro i quali la richiesta dell’interessato dovrebbe essere soddisfatta. Infatti l’art. 39,

comma 8, stabilisce che *“entro 30 giorni dalla richiesta, il Presidente del Consiglio dei ministri consente l’accesso ovvero con provvedimento motivato, trasmesso senza ritardo al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, dispone una o più proroghe del vincolo”*. Il termine di trenta giorni coincide con quello stabilito dalla legge n. 241, del 1990 per l’istanza di accesso ai documenti amministrativi, ma non è chiaro se possa considerarsi sospeso per la trasmissione al Comitato parlamentare del provvedimento motivato di proroga.

Sul punto si pone, inoltre, la questione se l’istanza di accesso cd. speciale, formulata cioè ai sensi dell’art. 39, della legge n. 124 del 2007, che non abbia i requisiti di legge per essere considerata tale (ad es. perché concernente atti che non risultano, in realtà, sottoposti a segreto di Stato) debba essere riproposta dall’accedente ai sensi della legge n. 241 del 1990, con decorrenza di ulteriori trenta giorni, ovvero sia da intendersi commutata d’ufficio in istanza di accesso cd. semplice.

Resta da determinare quale sia l’autorità competente ad adottare l’atto di declassifica del documento (qualora ovviamente si ritenga necessario tale adempimento e non sia, cioè, automatica la cessazione del vincolo) e a concedere l’accesso (quella che lo ha formato, che ha raccolto la documentazione o che la custodisce o invece l’autorità che ha disposto il vincolo). Riguardo alla custodia di documenti riservati, ad esempio, l’archivio storico del Senato, basandosi sull’art. 15 del Regolamento, ha ritenuto che solo l’autorità che ha posto la classifica al documento possa procedere alla declassificazione.

Non è chiaro, peraltro, quale tipo di atto sia appropriato. Se debba trattarsi di un provvedimento specifico che riguardi i documenti di cui è richiesta la consultazione o di un regolamento che disciplini le modalità dell’accesso (ad esempio, nel caso di ciò che è oggetto di

classifica di segretezza, il regolamento previsto dall'art. 42, comma 7). In particolare l'art. 10, della legge n. 124, del 2007, dispone che il regolamento ex art. 4, comma 7, che definirà l'organizzazione e il funzionamento l'Ufficio centrale degli archivi, stabilisca anche le modalità di conservazione e di accesso alla documentazione.

L'accesso ai documenti per cui risulta cessato il vincolo del segreto o la classifica potrebbe, quindi, essere vincolato in particolare all'adozione di due regolamenti, prescritti rispettivamente per le classifiche di segretezza (art. 42, comma 7) e per l'organizzazione del Dipartimento per la Sicurezza e nell'ambito di questo dell'Ufficio centrale degli archivi(art. 4, comma 7).

Potrebbe essere ipotizzata, peraltro, una correlazione tra i regolamenti da adottare in base alla normativa prevista dalla legge n. 124 del 2007 e i regolamenti che dovrebbero stabilire i casi di esclusione dell'accesso, ai sensi dell'art. 24, comma 6, della legge n. 241 del 1990. La consultazione di documenti presso archivi pubblici e di enti pubblici è pure regolata dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (si vedano in particolare gli art 122 e 123 relativi alla consultazione di documenti riservati).

Infine, nel caso in cui l'accessibilità non derivi automaticamente dal decadere del segreto o dalla declassifica, resta anche aperta la questione della rilevanza penale del comportamento del funzionario che consenta la consultazione di documenti. A questo riguardo si ricordano i reati previsti dal codice penale agli artt. 261, (*Rivelazione di segreti di Stato*) 262, (*Rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione*, 263 *Utilizzazione dei segreti di Stato*) e 326 (*Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio*).

7.4 Applicazione della legge n. 241 del 1990

Il comma 1, lettera a), dell'art. 24 esclude l'accesso ai documenti coperti dal segreto di Stato e, nei casi di segreto o divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge. Sono considerati segreti, ai sensi del comma 5, anche i documenti contenenti informazioni connesse agli interessi indicati nel comma 1. A tal fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso.

Il comma 6 dell'art. 24 dispone, poi, che il Governo possa prevedere casi di sottrazione all'accesso ai documenti amministrativi, adottando un regolamento ai sensi della legge n. 400, del 1988, quando dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione; quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria; quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini; quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi

soggetti cui si riferiscono; quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.

Il comma 2, dell'art. 24, stabilisce che le singole amministrazioni possano individuare categorie di documenti sottratti all'accesso.

L'art. 10, del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 (*Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi*) prescrive che i casi di esclusione siano stabiliti con il regolamento ai sensi del comma 6, dell'art. 24 della legge, nonché da atti adottati dalle singole amministrazioni ai sensi del comma 2. Può anche essere disposto un differimento dell'accesso per assicurare una temporanea tutela agli interessi di cui all'articolo 24, comma 6, della legge, o per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa.

Dopo le modifiche apportate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 all'art. 24 della legge n. 241, del 1990, e le disposizioni introdotte dal d.P.R. 12 aprile 2006 solo alcune amministrazioni hanno provveduto ad adottare gli atti che individuano categorie di documenti sottratti all'accesso.

Per ciò che riguarda, invece, le posizioni soggettive, l'art. 22, comma 1, lettera b), della legge n. 241, del 1990 stabilisce che sono interessati all'accesso i soggetti privati, anche portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (si veda anche l'art. 2, del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184).

Per la richiesta d'accesso ai documenti per cui sia cessato il vincolo del segreto di Stato (art. 39, comma 7, della legge 3 agosto 2007, n. 124), l'art. 10, comma 2, del d.P.C.M. 8 aprile 2008, prevede che, ai fini della richiesta di accesso di cui il Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l'amministrazione interessata, valuti la sussistenza in capo al richiedente di un interesse diretto, concreto ed attuale collegato all'oggetto dell'accesso, nonché meritevole di giuridico apprezzamento in relazione alla qualità soggettiva del richiedente ed alla finalità per la quale l'accesso sia richiesto.

La disposizione del d.P.C.M. 8 aprile 2008 appare modellata sulla base dei criteri dettati per l'accesso ai documenti amministrativi dalla legge n. 241, del 1990 e più restrittiva rispetto alla previsione dell'art. 39, comma 7, della legge n. 124 del 2007, che prevede la possibilità di richiedere l'accesso a chiunque vi abbia interesse. In particolare, dalla lettera dell'art 10 del regolamento, sembra sussistere in capo al Presidente del Consiglio un potere di valutazione preliminare sulla sussistenza dell'interesse all'accesso.

Sul punto giova rilevare il parere del Consiglio di Stato (Adunanza della commissione Speciale del 5 dicembre 2007, n. 4247/07), reso su richiesta della Presidenza del Consiglio dei ministri relativamente ad alcune disposizioni della legge n. 124 del 2007, tra le quali proprio quella inerente l'individuazione dell'interesse legittimante l'azione di accesso agli atti coperti da segreto di Stato, successivamente alla scadenza del termine di validità del vincolo (art. 39, comma 7). Ad avviso della Consulta, infatti, *"una volta decaduto il vincolo del segreto di Stato, quanto ha formato oggetto di detto vincolo resta assoggettato alla disciplina ordinaria dell'accesso"* e, pertanto, anche la posizione di chi richiede l'accesso agli atti non più coperti dal segreto di Stato deve correlarsi ad un interesse diretto, concreto e attuale, collegato all'oggetto dell'accesso, *"essendo sufficiente che tale interesse si atteggi come meritevole di giuridico apprezzamento in*

relazione alla qualità soggettiva del richiedente e alla finalità per la quale l'accesso sia richiesto".

Tuttavia non si può trascurare il fatto che, se anche si ritenessero applicabili i principi in materia di accesso, riguardanti la qualificazione dell'interesse del richiedente, la Commissione, pronunciandosi sul rapporto tra diritto d'accesso ex art. 22, della legge n. 214 del 1990 e il diritto di accesso di cui all'art. 39 della legge n. 124, del 2007, ha sottolineato la specialità del procedimento di accesso di cui alla legge n. 124, del 2007 e la conseguente inapplicabilità del termine di cui alla legge generale sul procedimento amministrativo⁵⁵.

La peculiare natura giuridica del diritto di accesso di cui all'art. 39, della legge 124 del 2007 si riflette, quindi, sulla possibilità di applicare alcune disposizioni relative all'accesso ai documenti amministrativi, con particolare riguardo alla tutela in caso di diniego o differimento.

La "specialità" dell'accesso ai sensi degli art. 39, commi 7 e 8, della legge n. 124, del 2007 e dell'art. 10 del d.P.C.M., rispetto a quanto stabilito dalla legge n. 241 del 1990, sarebbe attestata anche dalla circostanza che il segreto di Stato si estende a cose e attività che non necessariamente sono riconducibili alla categoria di documento amministrativo. Inoltre, la decisione di apporre il segreto non rientrerebbe nell'attività amministrativa, ma nell'attività politica e quindi non sarebbe soggetta al sindacato del giudice amministrativo. È dibattuta, peraltro, la natura giuridica della decisione di apporre o opporre le classifiche di riservatezza⁵⁶.

⁵⁵ Decisione resa nell'Adunanza del 7 ottobre 2008.

⁵⁶ La Commissione ha stabilito che non è la qualifica formale con cui l'amministrazione classifica e conserva i documenti, ma è la loro natura oggettiva e la corrispondenza alle specifiche categorie individuate dal legislatore a renderli soggetti o meno al diritto d'accesso (decisione del 7 ottobre 2008).

Da ultimo, si segnala che nel 2008 è stata istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, una Commissione per definire le procedure di accesso alla documentazione per la quale viene a decadere il segreto di Stato ai sensi dell'art. 39, commi 7 e 8, della legge n. 124 del 3 agosto 2007.

8. Osservazioni conclusive

L'attività del 2008 conferma la propensione, già emersa nel 2006 e nel 2007, ad un rafforzamento del ruolo giustiziale della Commissione. Ad una parziale flessione nell'attività consultiva è corrisposto, infatti, un incremento nella decisione di ricorsi.

Il ricorso alla Commissione è stato definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa come un ricorso gerarchico improprio. In effetti potrebbe essere definito un ricorso gerarchico improprio "claudicante", perché si presenta come tale soltanto se l'istanza di accesso viene respinta, cioè se la Commissione dà ragione all'Amministrazione. Infatti, se la Commissione conferma il diniego di accesso, l'accedente che vuole ulteriore tutela dovrà proporre ricorso contro la decisione della Commissione di fronte al giudice amministrativo.

Se, invece, la Commissione accoglie il ricorso, essa non ha il potere di definire la lite, concedendo l'accesso, perché l'accoglimento del ricorso comporta soltanto un invito all'Amministrazione al riesame con l'affermazione dell'illegittimità del diniego. Pertanto si tratta non di un atto decisorio, ma di un atto di controllo con invito al riesame nel merito.

In presenza di tale atto, l'Amministrazione ha davanti a sé quattro possibilità: due legittime e due illegittime. Le possibilità legittime sono: adeguarsi alla decisione della Commissione e concedere l'accesso, oppure confermare il provvedimento negativo motivandolo in relazione alle ragioni addotte dalla Commissione a sostegno della sua decisione. La prima delle due possibilità illegittime, invece, che statisticamente sono quelle più frequentemente seguite, è quella di conservare il silenzio. A questo punto, l'accedente può ricorrere al TAR ma, molte volte, purtroppo, si rivolge di nuovo alla

Commissione, che nulla più può fare. L'altra soluzione illegittima è quella di confermare il diniego senza motivare. Tanto però basta perché il TAR successivamente adito annulli il diniego per difetto di motivazione.

Nei rapporti annuali al Parlamento, la Commissione ha sempre rimarcato l'insufficienza dei poteri di cui è dotata: poteri di referto, di vigilanza e di proposta ma non poteri ordinatori, coercitivi e sanzionatori.

Sia prima che dopo la novella del 2005 da questa particolare configurazione dei poteri consegue, pertanto, l'interrogativo sulla natura giuridica della Commissione, poiché dalla sua composizione e dalle sue funzioni essa può essere considerata sia un organo temporaneo della Presidenza del Consiglio dei ministri, sia un Ufficio di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio, nonché, infine, una struttura di raccordo fra Parlamento, Amministrazioni, Governo. Non sono mancati coloro che ne hanno sottolineato la natura di autorità indipendente.

Come fu rilevato già nel primo rapporto al Parlamento ed al Presidente del Consiglio, la Commissione potrebbe essere configurata come autorità indipendente, specialmente se si prendono in considerazione la composizione, che la rende più rappresentativa dello Stato – comunità che non dello Stato – apparato e le funzioni, che postulano una posizione di imparzialità.

Probabilmente la discrasia fra le funzioni attribuite alla Commissione e la sua veste formale deriva dal tempo trascorso fra elaborazione del disegno di legge da parte della Commissione Nigro (primissimi anni 80) – che si ispirò alle suggestioni del modello francese (la CADA – *Commission d'Accès aux Documents*

Administratifs) ed all'*Ombudsman* svedese⁵⁷ – e la data della sua approvazione da parte del Parlamento (inizio del decennio successivo) che tale ispirazione recepì.

Tale periodo di tempo fu, all'epoca, particolarmente significativo, perché al momento dell'elaborazione di studio non era ancora diffuso il modello delle Autorità indipendenti, che sarebbe stato molto più coerente con le funzioni neutrali attribuite alla Commissione.

La novella del 2005 non ha dissipato questa ambiguità, in quanto alla introduzione di innovazioni che potenziano le caratteristiche di neutralità e paragiurisdizionalità delle funzioni attribuite alla Commissione, si accompagnano modifiche che ne depotenziano le caratteristiche di indipendenza ed imparzialità.

Nella prima direzione si muove la norma che attribuisce alla Commissione funzioni paragiurisdizionali o giustiziali con finalità deflattive del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso. Coerente con tale innovazione appare la modifica della composizione della Commissione, che riduce da quattro ad uno i membri rappresentanti del potere esecutivo e da quattro a due i membri rappresentanti dell'accademia, lasciando invariata la rappresentanza dei poteri legislativo e giudiziario e la competenza alla loro designazione, con conseguente potenziamento delle caratteristiche di neutralità ed imparzialità della Commissione.

Del pari coerente con la finalità così perseguita appare la norma che equiordina (anche se non completamente) la Commissione al

⁵⁷ Tale istituto ha conosciuto agli inizi della seconda metà del secolo scorso un prestigio paragonabile soltanto a quello che il Consiglio di Stato francese aveva avuto nel mondo a cavallo del '900. L'originario modello svedese si colloca trasversalmente attraverso i tre poteri tradizionali: la nomina dell'*Ombudsman* spetta al Parlamento e dunque al potere legislativo, esso però opera con atti di tipo amministrativo, e quindi appartiene formalmente al potere esecutivo, pur svolgendo una funzione che è sostanzialmente giurisdizionale, perché il suo compito è quello di tutelare il cittadino nei confronti degli abusi dell'Amministrazione.

Garante per la protezione dei dati personali (cioè ad una Autorità indipendente) in caso di interferenza fra i relativi procedimenti.

Nella seconda direzione si muovono, invece, le norme che trasferiscono dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei ministri la competenza per la nomina dei membri della Commissione ed incardinano la stessa nella struttura burocratica della Presidenza del Consiglio, attribuendo ad un suo Dipartimento la funzione di supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione ed al relativo Capo Dipartimento le funzioni di membro di diritto della Commissione. Inoltre, il supporto tecnico-scientifico della Commissione è assicurato da esperti nominati ai sensi dell'art. 29, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

In tale quadro, sembra difficile ipotizzare una qualificazione della Commissione diversa da quella di organo della Presidenza del Consiglio dei ministri, privo di ogni garanzia di indipendenza che non sia quella della provenienza e della designazione dei suoi membri di estrazione parlamentare, giudiziaria ed accademica e della onestà intellettuale delle persone fisiche che ne fanno parte.

La novella del 2005 è stata, quindi, un'occasione mancata per una riforma coerente. Le buone intenzioni che la ispiravano sono rimaste incompiute, realizzate solo parzialmente e contraddette da innovazioni che si muovono in direzione opposta.

Comunque, nell'arco della sua attività, la Commissione sembra aver sempre privilegiato interpretazioni estensive del diritto di accesso, in coerenza con una funzione concepita come quella di garante del principio di trasparenza. Nella realtà effettuale, la Commissione, pur senza godere formalmente di piene garanzie di indipendenza e neutralità, ha, quindi, sempre svolto il suo compito in piena libertà e con imparzialità di giudizio.

Tuttavia la totale mancanza di quei poteri coercitivi, sostitutivi e sanzionatori non possono che ridurre la funzione di vigilanza svolta in qualità di “cane da guardia della trasparenza”. Basti pensare al caso emblematico (e non infrequente) dell’accoglimento di un ricorso cui non segue, nei trenta giorni dalla comunicazione all’amministrazione, una conferma motivata dal diniego da parte di quest’ultima, ma non segue nemmeno il consenso all’accesso che, in questo caso, secondo l’ordinamento, sarebbe invece automaticamente consentito. La Commissione non ha alcun potere per imporlo e all’accedente non resta altra via che la denuncia penale ed il ricorso al T.A.R. Il procedimento svolto dinanzi alla Commissione stessa resta, in un certo senso, inefficace, poiché la Commissione non ha che un potere di denuncia nel rapporto annuale al Parlamento ed al Capo del Governo.

Questa situazione ricorda molto da vicino quanto è stato ironicamente scritto da un grande giurista inglese sul *Council on Tribunals*⁵⁸, collegio britannico privo di poteri coercitivi, definito “cane da guardia che può abbaiare, ma non mordere”.

⁵⁸ Il *Council on Tribunals*, organo consultivo in materia di giustizia amministrativa, è stato sostituito con il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* nel 2007 dall’*Administrative Justice and Tribunals Council* a cui sono stati attribuiti anche poteri autoritativi oltre che poteri consultivi e di monitoraggio.

Eye03 di Ennio Farnesi
Via dei Castani, 236 - Edificio A - 00171 Roma - Tel. e Fax 06.45 44 22 66
info@eye03.it - e.farnesi@eye03.it
www.eye03.it

Finito di stampare nel mese di Luglio 2008