

Quaderno n. 8

UFFICIO CONSULENZA LEGALE

Il nuovo Regolamento IVASS sull'accesso agli atti La distribuzione assicurativa Il gruppo dopo Solvency II

Interventi di:

**M. BINDA, M.L. CAVINA, M. FODALE, N. GENTILE, R. GIAY, P. MARANO,
P. MARIANO, S. MARZUCCHI, A. POLICE, A. SERINO, V. TROIANO**

Coordina:

E. Galanti



Aprile 2017

(decreto legge 6 luglio 2012 n. 95 convertito con legge 7 agosto 2012 n. 135)

La serie Quaderni intende promuovere la diffusione di studi e contributi originali sui temi assicurativi al fine di suscitare commenti critici e suggerimenti.

Le opinioni espresse nei lavori sono attribuibili ai soli autori e non impegnano in alcun modo la responsabilità delle Istituzioni di appartenenza.

via del Quirinale 21 – 00187 ROMA
telefono +39 06 42133.1

Tutti i diritti riservati.

È consentita la riproduzione a fini didattici e non commerciali, a condizione che venga citata la fonte

La serie è disponibile online nel sito www.ivass.it

ISSN 2421-4671 (online)

può derivare dall'accogliere l'istanza.

Questa concezione del segreto, più aperta e moderna e che ha un concreto riscontro in termini di maggior accoglimento delle istanze, quindi minor contenzioso, come poi ci dirà Marina Binda nel suo intervento, consente anche all'autorità di controllo di divulgare di sua iniziativa alcune informazioni senza che i suoi funzionari possano essere tacciati di infrangere il segreto d'ufficio. Abbiamo infatti riscontrato come, in passato, una concezione più ampia e rigida del segreto impedisse alla stessa autorità di controllo di dare adeguatamente conto al Giudice, in sede politica o all'opinione pubblica in generale, di come essa avesse perseguito gli interessi ad essa affidatili.

Questo ci porta a un'altra considerazione che emergeva pure da quello che diceva la collega e cioè che, in prima battuta, l'area del segreto è definita proprio dall'autorità di controllo che presidia gli interessi di vigilanza perché è quest'ultima appunto che decide cosa è coperto da segreto e cosa no. Ovviamente questo operato è poi soggetto al vaglio del Giudice amministrativo. Questo per dire che siamo in un'epoca in cui la vigilanza si fa anche attraverso una sapiente comunicazione, così come è sempre stato per la politica monetaria.

Passo quindi la parola a Marina Binda che ci illustrerà sia l'accesso civico sia alcuni dati sulla nostra attività in materia di accesso.

Marina Binda – Avvocato IVASS

L'accesso civico e la pareristica UCL in materia di accesso ⁽⁴⁷⁾

Buongiorno a tutti, ringrazio Enrico Galanti per l'ottima opportunità professionale che ha dato a tutti noi. Parliamo dell'annosa questione dell'accesso civico, quindi del d.lgs. n. 33 del 14 marzo 2013 che ha reso effettivamente l'Amministrazione una casa di vetro.

Anzitutto è necessario effettuare una premessa, sul concetto di pubblicità e di trasparenza.

I. Premessa

Il principio di trasparenza è sempre stato distinto dal principio di pubblicità.

⁽⁴⁷⁾ In sede di revisione l'avvocato Marina Binda ha sostituito la trascrizione del proprio intervento con questo scritto più strutturato che riprende i concetti espressi durante il Seminario.

Il concetto di “trasparenza”, infatti, ha tradizionalmente rivestito un significato più ampio della pubblicità, non limitato esclusivamente all’obbligo di pubblicazione, tramutandosi in una regola di correttezza dell’azione amministrativa che impone la conoscibilità e la comprensibilità delle scelte dei pubblici poteri. La trasparenza implica il dovere di rendere conoscibili non solo i risultati dell’attività amministrativa ma anche tutti i passaggi essenziali del procedimento; si pensi alle norme sulla comunicazione di avvio, sulla disciplina della partecipazione, sul preavviso di rigetto, sull’obbligo di motivazione degli atti, ecc. In quest’ottica, la pubblicità è sempre stata considerata come uno degli aspetti della trasparenza concernente atti tipici, oggetto di pubblicazione obbligatoria.

Questa tradizionale distinzione tra trasparenza e pubblicità viene in parte attenuata nel d.lgs. n. 33/2013 - acclamato come testo unico sulla trasparenza amministrativa - che rappresenta il culmine di una serie di interventi normativi tutti ispirati alla massima trasparenza delle informazioni in possesso delle amministrazioni ⁽⁴⁸⁾ (**slide n. 2**). Tale provvedimento

(48) I prodromi del d.lgs. n. 33/2013 sono rinvenibili nei seguenti provvedimenti normativi:

- gli artt. 2, 12 e 50 del d.lgs. n. 82 del 7 marzo 2005, cd. Codice dell’amministrazione digitale, nonché l’art. 50, comma 1 *bis*, del medesimo decreto, introdotto dal terzo correttivo (d.lgs. n. 235 del 30 dicembre 2010), che contengono sia definizioni, sia obblighi di pubblicazione, poi ripresi dal d. lgs. n. 33/2013;

- l’art. 2 del d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, che indica la trasparenza tra i principi generali della disciplina dei contratti pubblici;

- l’art. 21 della l. n. 69 del 18 giugno 2009, che obbliga le pp.aa. a pubblicare sul proprio sito internet istituzionale “*le retribuzioni annuali, i curricula vitae, gli indirizzi di posta elettronica e i numeri telefonici dei dirigenti e dei segretari comunali e provinciali nonché di rendere pubblici, con lo stesso mezzo, i tassi di assenza e di maggiore presenza del personale, distinti per uffici di livello dirigenziale*”; nonché, a rendere pubblico: a) un indicatore dei propri tempi medi di pagamento relativi agli acquisti di beni, servizi e forniture, denominato “*indicatore di tempestività dei pagamenti*”; b) i tempi medi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi con riferimento all’esercizio finanziario precedente;

- l’art. 11 del d.lgs. n. 150 del 27 ottobre 2009 (cd. decreto “Brunetta”), che ha fornito una definizione di “*trasparenza*”, intesa già in quella sede come “*accessibilità totale*”, attraverso lo strumento della pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni di tutte le informazioni relative all’organizzazione e all’utilizzazione delle risorse per l’espletamento delle funzioni istituzionali; oggetto della trasparenza non sono più il procedimento, il provvedimento ed i documenti amministrativi, ma le “*informazioni*” relative all’organizzazione e alla gestione delle risorse finanziarie;

- l’art. 18 del d.l. n. 83 del 22 giugno 2012, “*Misure Urgenti per la crescita del Paese*”, convertito con modificazioni dalla l. n. 134 del 7 agosto 2012, il quale, “*in deroga ad ogni diversa disposizione di legge o Regolamento*” – e, quindi, anche al Codice della privacy – ha previsto l’obbligo per le pubbliche amministrazioni di pubblicare, sui rispettivi siti internet istituzionali, il “*nome dell’impresa o altro soggetto beneficiario ed i suoi dati fiscali; l’importo; la norma o il titolo a base dell’attribuzione; l’ufficio e il funzionario o dirigente responsabile del relativo procedimento amministrativo; la modalità seguita per l’individuazione del beneficiario; il link al progetto selezionato, al curriculum del soggetto incaricato, nonché al contratto e capitolato della prestazione, fornitura o servizio*”;

- l’art. 9 del d.l. n. 179 del 18 ottobre 2012, “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*”, recanti ulteriori obblighi di pubblicazione sui siti web istituzionali;

- l’art. 1, commi 15, 16 e 29 della l. n. 190 del 6 novembre 2012, che mira a realizzare forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche.

legislativo, che utilizza i termini trasparenza e pubblicità in modo promiscuo, esprime, in primo luogo, il totale capovolgimento del rapporto tra segretezza e pubblicità dei dati afferenti all'azione amministrativa (generalizzando l'obbligo di pubblicare dati ed informazioni che il legislatore ha prioritariamente ritenuto di rendere disponibili).

La trasparenza, definita nel decreto come accessibilità totale alle informazioni concernenti la pubblica amministrazione (**slide n. 3**), risulta espressamente rivolta a tre scopi fondamentali: **a)** l'incoraggiamento di *“forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*; **b)** l'attuazione del *“principio democratico e dei principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione”*; **c)** la garanzia *“delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali”* che *“integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”* (**slide n. 4**)

Il decreto sulla trasparenza è stato recentemente modificato dal d.lgs. n. 97 del 25 maggio 2016 ⁽⁴⁹⁾, che ha novellato l'assetto normativo preesistente, ampliando in maniera significativa l'istituto dell'accesso civico di cui all'art. 5, le cui caratteristiche risultano oggi tanto peculiari da far subito comprendere che ci troviamo dinanzi a un meccanismo finora conosciuto nel nostro ordinamento soltanto in rarissimi casi ⁽⁵⁰⁾.

Va premesso che il decreto n. 33 ha un ambito di applicazione davvero generale: con una disposizione di tipo interpretativo il legislatore del 2016 ⁽⁵¹⁾ ha chiarito che la disciplina sulla trasparenza si applica a tutti gli enti pubblici, alle società soggette a controllo pubblico, alle associazioni, alle fondazioni ed agli enti di diritto privato finanziati o controllati da pubbliche amministrazioni. E stato poi precisato che con il termine *“pubbliche amministrazioni”*, si intende far riferimento a tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n.165 del 30 marzo 2001, compresi gli enti portuali e per quel che qui rileva, le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione (**slide n. 5**).

Il nuovo testo dell'art. 2 del d.lgs. 33/2013 stabilisce che *“le disposizioni del presente*

⁽⁴⁹⁾ Emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 7 della l. n. 124 del 7 agosto 2015, in materia di riorganizzazioni di amministrazioni pubbliche.

⁽⁵⁰⁾ Ci si riferisce, ad esempio al potere di accesso: a) alle informazioni ambientali da parte dei cittadini ai sensi dell'art. 5 del d. lgs. n. 195 del 19 agosto 2005; b) alle informazioni detenute dagli enti locali da parte dei consiglieri comunali e provinciali ai sensi dell'art. 43 del d. lgs. n. 267 del 18 agosto 2000.

⁽⁵¹⁾ Art. 2 *bis* del d. lgs. n. 33/2013, inserito dall'art. 3 del d. lgs. n. 97/2016.

decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione". La disposizione sembrerebbe stabilire una gerarchia tra gli strumenti idonei ad assicurare la trasparenza, ponendo al primo posto libertà di accesso ai dati e ai documenti in possesso della pubblica amministrazione (**slide n. 6**).

Il decreto legislativo n. 97/2016 riformula l'art. 5 del d. lgs. n. 33/2013, dedicato all'accesso civico, ed è ispirato ai principi del *Freedom of Information Act* statunitense la cui regola è quella della cd. *full disclosure*.

II. Il novellato art. 5 del d.lgs. n. 33/2013

II.1 Il tema.

L'accesso civico attribuisce un vero e proprio diritto soggettivo in capo a chiunque intenda accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione ⁽⁵²⁾ correlato, in via generale, all'obbligo di pubblicazione. In effetti, il primo comma dell'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 statuisce che *"L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione"* (**slide n. 7**).

Dalla formulazione normativa appare subito chiaro che il diritto di accesso civico del primo comma dell'art. 5 è correlato all'obbligo di pubblicazione in quanto discende direttamente da quello, alla stregua di una sorta di obbligazione civilistica tra ente pubblico ed utente ⁽⁵³⁾, in virtù della quale l'ente è obbligato nei confronti dell'utente ad un *facere* consistente nella pubblicazione dei dati, mentre l'utente è il creditore al corretto adempimento della prestazione.

Il comma 1 dell'art. 5, infatti, si fonda sul concetto secondo cui il diritto all'accesso civico è correlato all'omissione dell'obbligo di pubblicazione di informazioni gravante sulla p.a.,

⁽⁵²⁾ Il modello a cui si è ispirata la disposizione è quello statunitense dei *Freedom of Information Acts* (FOIA) *"atto per la libertà di informazione"* – emanati il 4 luglio 1966 – che assicurano, a chiunque lo richieda, la conoscenza di qualsiasi informazione inerente l'attività di una amministrazione pubblica.

⁽⁵³⁾ Come risulta testualmente dalla disposizione in commento: *"l'obbligo...di pubblicare...comporta il diritto di ... richiedere"*.

informazioni già previste *ex ante* dal legislatore e rigorosamente elencate nel d.lgs. n. 33/2013 che, in quanto previste da norme puntuali, possono ritenersi tipizzate. Si tratta di una serie numerosa di informazioni, tracciabili nei motori di ricerca perché pubblicate sui siti, a prescindere dalle eventuali richieste di accesso civico. Di conseguenza, nel citato decreto n. 33/2013 c'è una selezione *ex ante*, operata dal legislatore, delle informazioni da pubblicare, poste a disposizione di tutti; indipendentemente dalle iniziative dei privati.

Quali sono le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria? Sono quelle elencate nel decreto sulla trasparenza e precisamente: gli atti di carattere normativo e amministrativo generale (art. 12); l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni (art. 13); i componenti degli organi di indirizzo politico (art. 14); i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza (art. 15); gli incarichi conferiti a società controllate (15 bis); le nomine di amministratori e di esperti da parte di organi giurisdizionali e amministrativi (15 ter); la dotazione organica e il costo del personale con rapporto di lavoro a tempo determinato (art. 16); i dati relativi al personale non a tempo determinato (art. 17); gli incarichi conferiti ai dipendenti pubblici (art. 18); i bandi di concorso (art. 19); i dati relativi alla performance e alla distribuzione dei premi al personale (art. 20); i dati sulla contrattazione collettiva (art. 21); i dati relativi agli enti pubblici vigilati e agli enti di diritto privato soggetti a controllo pubblico nonché alle partecipazioni in società di diritto privato (art. 22); i provvedimenti amministrativi (art. 23); gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati (art. 26) e l'elenco dei soggetti beneficiari (art. 27); i rendiconti dei gruppi consiliari, regionali e provinciali (art. 28); il bilancio, preventivo e consuntivo, e il piano degli indicatori e dei risultati attesi di bilancio, nonché i dati concernenti il monitoraggio degli obiettivi (art. 29); i beni immobili e la gestione del patrimonio (art. 30); i dati relativi ai controlli sull'organizzazione e sull'attività dell'amministrazione (art. 31); i servizi erogati (art. 32); i tempi di pagamento dell'amministrazione (art. 33); i procedimenti amministrativi e i controlli sulle dichiarazioni sostitutive e l'acquisizione d'ufficio dei dati (art. 35); le informazioni necessarie per i pagamenti informatici (art. 36); i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 37); i processi di pianificazione, realizzazione e sovvenzione delle opere pubbliche (art. 38); l'attività di pianificazione e governo del territorio (art. 39); le informazioni ambientali (art. 40); i dati specifici relativi al Servizio Sanitario Nazionale (art. 41); gli interventi straordinari in caso di calamità naturali o altre emergenze, che comportano deroghe alla

legislazione vigente (art. 42).

La struttura dell'accesso civico concepita dal legislatore del 2013, ancora presente nel primo comma dell'art. 5, ha subito una profonda modificazione con le novità introdotte dal decreto attuativo della riforma Madia sulla trasparenza: se nel 2013 l'esercizio del diritto di accesso era concepito come strumento volto a far adempiere l'obbligo di pubblicazione, oggi il diritto di accedere a dati e informazioni detenuti dalle amministrazioni prescinde dall'obbligo di pubblicazione, essendo riconosciuto a chiunque il diritto di accedere ai dati e agli atti anche *“ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione”* (art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013).

Ciò trova conferma nell'inciso, contenuto nel nuovo comma 2 dell'art. 5 che collega l'istituto dell'accesso civico *“allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”* (**slide n. 8**). Di conseguenza, nell'ottica del legislatore del 2016, il vero fine a cui è orientata tutta la normativa sulla trasparenza è la libertà di accedere alle informazioni e non più, come in passato, un semplice strumento per accedere a informazioni soggette a pubblicazione in adempimento di un obbligo di legge ⁽⁵⁴⁾. In definitiva, appare chiaro che con la novella del 2016 il legislatore ha inteso rovesciare quel rapporto tra mezzo (obbligo di pubblicazione) e fine (diritto di accesso civico) presente nella vecchia struttura del cd. *“decreto trasparenza”*.

Ciò risulta evidente anche dalla relazione illustrativa del d.lgs. n. 97/2016 ove viene precisato che il regime di accesso civico è molto più ampio di quello previsto dalla versione originaria dell'articolo 5, *“in quanto consente di accedere non solo ai dati, alle informazioni e ai documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (per i quali permane, comunque, l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso non fosse già presente sul sito istituzionale) ma anche ai dati e ai documenti per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazione e che l'amministrazione deve quindi fornire al richiedente”*.

Il diritto di richiedere la conoscenza dei dati previsti dalla legge e di pretenderne la pubblicazione è attribuito a *“chiunque”*, ossia a qualsiasi soggetto, che sia una persona fisica o

⁽⁵⁴⁾ Sotto la vigenza del vecchio art. 5 era stato notato (R. GIOVAGNOLI, *“Rapporti tra accesso cd. difensivo e documenti coperti dal segreto”* in *Giustamm*, 2014) che non sussisteva un'incompatibilità tra l'accesso della l. n. 241/1990 e l'accesso del d.lgs. n. 33/2013 vecchio testo: i due istituti, all'opposto, convivevano nell'ordinamento senza interferenze ed invasioni di campo in quanto l'uno era destinato a regolare fattispecie non contemplate dall'altro. L'accesso contemplato dalla l. n. 241/1990, infatti, presupponeva che il documento non fosse sottoposto al regime di pubblicazione di cui al d. lgs. n. 33/2013.

giuridica, indipendentemente dalla natura o dallo *status* che caratterizza il richiedente. L'accesso civico è invero costruito come un diritto soggettivo libero, senza barriere di ingresso e senza ostacoli nella realizzazione degli scopi ai quali è preordinato, atteso che non è necessario, per colui che intende esercitarlo, dimostrare né la legittimazione né l'interesse specifico all'acquisizione del dato.

Sicché il diritto all'ostensione, disciplinato dal d.lgs. n. 33/2013, è a "legittimazione assoluta" ⁽⁵⁵⁾ piuttosto che a "legittimazione particolare", come è concepito l'accesso agli atti nella legge n. 241/1990, e perciò l'istituto del cd. accesso civico risulta fondato su un vero e proprio *right to know*, a prescindere da uno specifico interesse in capo al richiedente.

Con l'introduzione della nuova forma di accesso civico aperta anche ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione (nuovo comma 2 dell'art. 5) si può dire superata ogni differenza tra il sistema interno e il cd. modello FOIA (*Freedom of information act*), adottato nella gran parte delle democrazie liberali, ove la regola generale è la pubblicità, rispetto alla quale la riservatezza rappresenta un'eccezione; le amministrazioni e le corti devono interpretare tale eccezione in senso restrittivo ⁽⁵⁶⁾.

II.2 L'esercizio.

La richiesta di accesso può essere proposta: 1) all'ufficio che detiene le informazioni; 2) all'ufficio relazioni con il pubblico; 3) ad altro ufficio espressamente indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente"; 4) al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, nel caso l'istanza riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria. L'istanza non richiede motivazione e obbliga l'amministrazione a provvedere entro e non oltre trenta giorni.

A differenza dell'accesso disciplinato dalla l. n. 241/1990, nell'accesso civico non è

⁽⁵⁵⁾ Analogamente all'accesso in materia ambientale ove si è parlato di tutela "*desoggettivata*": A. CONTIERI e G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali* (D.LG. 19 agosto 2005, n. 195), in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, pp. 1071, 1072).

⁽⁵⁶⁾ Si ritiene possa aver rappresentato un modello per la legge di riforma Madia ed il conseguente decreto attuativo la disciplina sulla trasparenza e l'accesso alle informazioni dettata in materia ambientale. L'art. 14 della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente, la l. n. 349 dell'8 luglio 1986, aveva previsto il diritto di "*qualsiasi cittadino*" ad accedere "*alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili, in conformità delle leggi vigenti, presso gli uffici della pubblica amministrazione*" e di ottenere copia, previo rimborso, delle spese di riproduzione. Si trattava, quindi, del riconoscimento del diritto di accesso non condizionato alla dimostrazione della titolarità di uno specifico interesse ed avente ad oggetto non i documenti ma l'informazione, intesa come "*insieme di elementi che costituiscono la scienza dell'Amministrazione*".

previsto in linea generale un provvedimento di diniego tacito dell'istanza: il procedimento, infatti, deve concludersi con provvedimento motivato ed espresso nel termine di trenta giorni dal ricevimento dell'istanza medesima (art. 5, comma 6). Peraltro, il comma 7 del citato art. 5 nel disciplinare i rimedi ai casi di diniego, fa riferimento altresì anche all'ipotesi di "*mancata risposta*".

In presenza di soggetti controinteressati, l'amministrazione è tenuta a dare comunicazione agli stessi della proposizione dell'istanza di accesso affinché possano presentare, entro dieci giorni dalla ricezione, motivata opposizione. Decorso tale termine, l'amministrazione provvede sulla richiesta.

In caso di diniego, l'art. 5, comma 7, del d.lgs. n. 33/2013, prevede una complicata procedura di secondo grado, attivabile dinanzi alla stessa amministrazione: il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione, della corruzione e della trasparenza di cui al successivo art. 43, il quale decide con provvedimento motivato, nel termine di 20 giorni. Lo stesso rimedio è attivabile dal controinteressato nel caso di accoglimento dell'istanza di accesso civico (art. 5, comma 9). Se il diniego di accesso è motivato sulla base della necessità di protezione dei dati personali, il responsabile della trasparenza competente sulla richiesta di riesame deve coinvolgere il Garante per la protezione dei dati personali (*slides n.ri 9 e 10*).

La novella del 2016 limita l'ambito di applicazione della previsione che riguarda le segnalazioni che il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza deve effettuare (ai sensi dell'articolo 43, del d.lgs. n. 33/2013): oggi le segnalazioni stesse vengano effettuate solo nel caso in cui la richiesta di accesso civico riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria.

III. L'accesso civico e l'accesso della l. n. 241/1990

III.1. Le dissonanze

III.1.1. Il bene giuridico tutelato

La disciplina dell'accesso contenuta nella l. n. 241/1990 non attribuisce un diritto generalizzato alla trasparenza amministrativa: il diritto all'ostensione, nella logica della legge citata, è sempre distinto rispetto al diritto all'informazione. L'accesso è concepito come mezzo per perseguire la trasparenza, in un'ottica, però, strumentale in quanto la trasparenza, nella l. n. 241/1990, viene tutelata non come bene in sé, ma come mezzo funzionale per il

soddisfacimento di un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata di cui deve essere titolare il soggetto che pretende l'accesso stesso ⁽⁵⁷⁾. Di conseguenza, come risulta anche dall'art. 24, comma 3, della l. n. 241/1990, introdotto dalla novella di cui alla l. n. 15/2005 ⁽⁵⁸⁾, l'accesso non può tramutarsi in un'azione popolare diretta al controllo generalizzato dell'attività amministrativa, al fine di verificare se la stessa risulti conformata ai canoni della correttezza, trasparenza e legittimità.

Nel caso di accesso civico, all'opposto, è sufficiente richiamare il testo dell'art. 5 del d.lgs. n. 13/2013 ⁽⁵⁹⁾, per comprendere immediatamente che ci troviamo dinanzi ad un obbligo generalizzato di pubblicare le informazioni predeterminate dal legislatore, finalizzato a favorire *forme diffuse di controllo* sull'utilizzo delle risorse pubbliche e sul perseguimento degli scopi istituzionali delle amministrazioni.

III.1.2 La legittimazione e l'interesse all'accesso

Il diritto di accesso agli atti, disciplinato dalla l. n. 241/1990 può essere esercitato da soggetti "interessati" e cioè "*portatori di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso*" (art. 22, comma 1, lett. b).

La giurisprudenza maggioritaria ⁽⁶⁰⁾ ha sempre valorizzato il collegamento dell'accesso con una diversa "situazione giuridicamente tutelata", (diritto soggettivo o interesse legittimo, e, nei casi ammessi, esponenzialità di interessi collettivi o diffusi) che abbia, in connessione a quest'ultima, un interesse diretto, concreto ed attuale ad acquisire, mediante l'accesso, uno o più documenti amministrativi. Ciò in quanto nella l. n. 241/1990 l'inerenza del documento alla posizione giuridica sostanziale preesistente fonda l'interesse concreto e differenziato della parte che richiede i documenti ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁷⁾ In questo senso, già nel 2006, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 6 del 18 aprile 2006), qualificava il diritto di accesso come una situazione soggettiva che, più che fornire utilità finali, risulta caratterizzata per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritto o interesse).

⁽⁵⁸⁾ L'assunto era già assodato in via giurisprudenziale. Si veda ad es. Cds, Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6879 e 7 aprile 2004, n. 1969, secondo cui, anche in materia di enti locali, il diritto di accesso, per essere esercitato, deve estrinsecarsi attraverso un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. Nello stesso senso: CdS, 28 maggio 2001, n. 2889.

⁽⁵⁹⁾ In particolare il comma 2: "*La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione di cui al comma 1, che si pronuncia sulla stessa*".

⁽⁶⁰⁾ *Ex multis*: CdS, 22 maggio 2012, n. 2974.

⁽⁶¹⁾ Ma va registrata una posizione contraria che dà rilievo all'autonomia dell'interesse all'accesso rispetto alla

Poiché la formula utilizzata dal legislatore “*interessi giuridicamente rilevanti*” nell’art. 22 è piuttosto ampia, la giurisprudenza ⁽⁶²⁾ e la dottrina ⁽⁶³⁾ hanno chiarito che la posizione soggettiva cui la legge ricollega l’accesso non deve avere la consistenza del diritto soggettivo o dell’interesse legittimo, essendo sufficiente che l’istante versi, al momento, in una posizione giuridica soggettiva, anche meramente potenziale ⁽⁶⁴⁾, collegata cioè ad eventi ancora non verificatisi.

Peraltro, l’interesse all’accesso della l. n. 241/1990, pur nell’ampia accezione testé chiarita, deve rivestire i caratteri della differenziazione rispetto alla generalità dei consociati: affinché possano ricorrere i requisiti dell’attualità e della concretezza ⁽⁶⁵⁾, deve sussistere un collegamento tra la documentazione di cui si chiede l’ostensione e la posizione sostanziale dell’istante, il cui soddisfacimento è limitato o impedito ⁽⁶⁶⁾.

Ciò non accade nell’accesso civico disciplinato dall’art. 5 del decreto trasparenza ove non è necessario, per colui che intende esercitarlo, dimostrare né la legittimazione né l’interesse all’acquisizione: “chiunque” è abilitato a pretendere di ottenere la pronta disponibilità dei dati in possesso della pubblica amministrazione.

III.1.3 La motivazione dell’istanza

La richiesta di accesso agli atti e documenti di cui alla l. n. 241/1990 deve essere motivata (art. 25, comma 2) in quanto devono essere dimostrati, in capo all’accedente, la legittimazione e l’interesse, nonché la connessione tra il documento richiesto e l’obbiettivo di tutela della posizione soggettiva vantata.

L’accesso civico di cui al d.lgs. n. 33/2013, invece, non necessita di motivazione in quanto il diritto soggettivo alla visione dei dati discende direttamente dalla legge.

situazione giuridica sottostante cui l’accesso è preordinata. In questo senso: TAR Campania, Napoli, 23 novembre 2012, n. 4200.

⁽⁶²⁾ Si vedano: C.d.S., 13 aprile 2006, n. 2068; TAR Puglia, Bari, n. 1263 del 7 maggio 2007; TAR Puglia, Lecce, 6 maggio 2008, n. 1278; *id.*, 28 maggio 2008, n. 1609; *id.*, 9 luglio 2008, n. 2087.

⁽⁶³⁾ S. MEZZACAPO, *Entrata in vigore solo dopo il Regolamento*, in *Guida al Diritto* n. 10 del 12 marzo 2005; S. Russo, *Oggetto e funzione dell’accesso agli atti dei pubblici poteri nella l. 15/2005, suoi limiti, sua reclamabilità*; in *Giust.Amm.it* 2005, n. 7; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in *Giustamm.it* 2005, n. 3; G. BACOSI, *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della “241”*; in *Giustamm.it*, 2005, n. 4.

⁽⁶⁴⁾ Già, in tal senso, prima della novella del 2005, CdS, 7 settembre 2004, n. 5873; successivamente alla novella, CdS, 27 ottobre 2006, n. 6440.

⁽⁶⁵⁾ Art. 22, comma 1, lett. b), l. n.241/1990 e art. 2, d.P.R. n. 184/2006.

⁽⁶⁶⁾ In questo senso: TAR Campania, (vedi nota 61).

III.1.4 L'esercizio

Il diritto di accesso della l. n. 241/1990 si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi; le modalità di esercizio sono disciplinate dal d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 che distingue, tra l'altro, la procedura di accesso informale da quella di accesso formale.

Con riferimento ai costi, l'art. 25 della l. n. 241/1990 statuisce che l'esame dei documenti è gratuito ma il rilascio di copia è subordinato al rimborso delle spese di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo nonché i diritti di ricerca e di visura. Ugualmente l'art. 7, comma 6, del d.P.R. n. 184/2006 statuisce che la copia dei documenti è rilasciata *subordinatamente* al pagamento degli importi dovuti ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241/1990, secondo le modalità determinate dalle singole amministrazioni. Ciò significa che le copie non vengono rilasciate se l'istante non provvede a versare le somme dovute per i costi di riproduzione. Sicché può concludersi che l'accesso ai documenti amministrativi è tutt'ora sostanzialmente oneroso per l'istante, il quale può certamente esaminare la documentazione di cui ha richiesto l'ostensione, ma non può riceverne copia laddove non provveda all'esborso dei relativi costi.

L'accesso civico si realizza mediante il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo gratuito, salvi i costi "*effettivamente sostenuti e documentati di riproduzione*" (art. 5, comma 4, d.lgs. n. 33/2013).

Per quanto riguarda le modalità del rifiuto, nella l. n. 241/1990 è contemplato uno dei pochi casi ⁽⁶⁷⁾ di silenzio diniego dell'ordinamento (non desumibili in via interpretativa) mentre nel caso di accesso civico il procedimento deve concludersi con provvedimento espresso e motivato. Peraltro, come si è detto ⁽⁶⁸⁾, l'art. 5, comma 7, d.lgs. n. 33/2013, nel disciplinare i rimedi avverso il diniego, fa riferimento altresì al caso di "mancata risposta".

Quanto ai rimedi avverso il diniego, si è detto che il nuovo accesso civico prevede un complesso procedimento di secondo grado, attivabile, in via facoltativa, dinanzi al responsabile della prevenzione, della corruzione e della trasparenza, con coinvolgimento del Garante per la protezione dei dati personali laddove il diniego derivi da esigenze di protezione dei dati

⁽⁶⁷⁾ Altri casi di silenzio diniego sono rinvenibili nell'art. 53, comma 10, d. lgs. 165/2001 e nell'art. 36, comma 3, d.P.R. n. 380 del 6 giugno 2001 e, da ultimo nell'art. 13 bis disp. att. Codice processo amministrativo, introdotto dall'art. 7 D. L. 31 agosto 2016 n. 168 conv. in l. 25 ottobre 2016 n. 197.

⁽⁶⁸⁾ *Supra*, pag. 26.

personali.

Tale meccanismo non è presente nell'accesso disciplinato dalla l. n. 241/1990 ove non sono contemplate procedure di secondo grado.

III.1.5 I limiti e le esclusioni al diritto di accesso. Gli artt. 5-bis e 5-ter

La novella del 2016 ha inserito, nel *corpus* del d.lgs. n. 33/2013, l'articolo 5-bis, che individua in modo puntuale gli interessi pubblici e gli interessi privati la cui tutela deve prevalere comportando, pertanto, il rigetto della richiesta di accesso civico. La disposizione ancora il diniego alla necessità di evitare un pregiudizio concreto a tali interessi ⁽⁶⁹⁾, non considerando sufficiente a tal fine una mera possibilità astratta della verifica del rischio.

L'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013 elenca gli interessi tutelati distinguendo a seconda della natura pubblica o privata degli stessi. Per quanto riguarda gli interessi pubblici vengono indicati ⁽⁷⁰⁾: la sicurezza e l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale, la difesa e le questioni militari, le relazioni internazionali, la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato, le indagini penali, il regolare svolgimento di attività ispettive. Per quanto riguarda gli interessi privati, vengono indicati: la protezione dei dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza, gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, compresi il diritto d'autore, il diritto della proprietà intellettuale, i segreti commerciali, ferma restando, ad ogni modo, l'esclusione del diritto di accesso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ⁽⁷¹⁾ (*slides n.ri 11 e 12*).

E' infine previsto che l'ANAC, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, adotti linee guida, recanti indicazioni operative, ai fini della individuazione e definizione dei casi di esclusione e dei limiti all'accesso civico

In effetti, successivamente al convegno del 28 settembre 2016 ⁽⁷²⁾, sono state pubblicate le Linee Guida ANAC contenenti importanti precisazioni in materia di accesso civico. In particolare, l'Autorità Anticorruzione ha distinto due forme di accesso, (ulteriori rispetto alla

⁽⁶⁹⁾ In accoglimento di un'osservazione delle Commissioni parlamentari 7 e 8.

⁽⁷⁰⁾ Si ritiene che l'elencazione abbia natura tassativa trattandosi di eccezioni al principio della libera ostensibilità dei dati in possesso dell'amministrazione.

⁽⁷¹⁾ La Relazione illustrativa chiarisce che sono pienamente accessibili gli atti endoprocedimentali, in accoglimento di un'osservazione del Consiglio di Stato (parere n. 515/2016 del 24 febbraio 2016).

⁽⁷²⁾ Con determinazione ANAC del 28 dicembre 2016.

figura disciplinata dalla l. n. 241/1990): **a)** l'accesso civico cd. "semplice", di cui all'art. 5, comma 1, del d. lgs. n. 33/2013; **b)** l'accesso civico cd. "generalizzato" di cui all'art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33/2013. I due tipi di accesso, pur se accomunati dal riconoscimento in capo a "chiunque", della legittimazione alla richiesta, sono destinati a muoversi "su binari differenti": l'accesso civico c.d. "semplice" riguarda solo i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria predeterminati dal legislatore in via preventiva; l'accesso civico cd. "generalizzato" si delinea come diritto autonomo ed indipendente da qualsiasi obbligo di pubblicazione costituendo espressione di una libertà assoluta che incontra, quali unici limiti, il rispetto della tutela di interessi pubblici o privati di cui all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, e le specifiche esclusioni previste dalla legge (art. 5-*bis*, comma 3).

Il d.lgs. n. 97/2016 ha poi previsto una specifica tipologia di accesso agli atti: l'accesso per fini scientifici ai dati elementari raccolti per finalità statistiche, disciplinato dall'art. 5-*ter*, rimettendo al Comitato di indirizzo e coordinamento dell'informazione statistica (Comstat) l'adozione di linee guida che fissano le modalità attuative della disposizione.

Dalla comparazione della disciplina delle esclusioni dell'art. 5-*bis* con quella dell'art. 24 della l. n. 241/1990, non si può non notare come le limitazioni all'accesso civico siano più numerose e stringenti di quelle previste nella legge sul procedimento amministrativo ⁽⁷³⁾: la natura generalizzata e adesposta dell'accesso civico spiega la condivisibile cautela del legislatore (**slide n. 13**).

IV. Le sintonie

IV.1. La struttura.

Il diritto di accesso civico è condizionato alla presentazione di una vera e propria istanza, dalla quale scaturisce un procedimento amministrativo, disegnato in completa armonia con il procedimento di accesso ai documenti amministrativi di cui alla l. n. 241/1990. Basti aver riguardo alle modalità di esercizio dell'accesso civico, come fissate nell'art. 5, commi 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 9 del decreto trasparenza n. 33/2013 (**slide n. 14**).

Dalla lettura dell'art. 5, appare chiaro che il decreto trasparenza prospetta analoghi passaggi procedurali disegnati nel capo V della l. n. 241/1990, fissando per la conclusione dell'istruttoria, avviata con la presentazione della domanda di accesso civico, lo stesso termine

⁽⁷³⁾ In tal senso si veda Consiglio di Stato parere *cit.* (vedi nota 71).

di trenta giorni stabilito dall'articolo 25, comma 4, della citata legge n. 241/1990 salve le differenze in merito ai meccanismi rimediali di secondo grado.

IV.2 La giurisdizione

Le controversie provocate dal diniego all'istanza di accesso civico vengono attribuite dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, (art. 133, lett. *a*), n. 6, come modificato dall'art. 52 lett. *e*), del d.lgs. n. 33/2013) al pari di quel che avviene per la tutela del diritto di accesso ai documenti amministrativi. Il legislatore, dunque, estendendo la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla pretesa di accesso civico (ma anche a tutte le "*controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente*", ex art. 50 del d.lgs. n. 33/2013) ha costruito un sistema giurisdizionale identico per entrambe le figure: l'accesso civico e l'accesso ai documenti amministrativi.

Di conseguenza, il ricorso al giudice amministrativo va proposto entro 30 giorni dalla conoscenza del diniego o dalla formazione del silenzio (art. 116, comma 1, cod. proc. amm.); la pubblica amministrazione può stare in giudizio a mezzo di un dipendente (116 comma 3, cod. proc. amm.); la parte ricorrente non necessita del patrocinio di un difensore in primo grado (art. 23 cod. proc. amm.); i termini processuali sono dimezzati (art. 87, comma 3, cod. proc. amm.); la sentenza viene resa in forma semplificata in camera di consiglio (art. 87, comma 3, cod. proc. amm.) e può ordinare l'ostensione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità (art. 116, comma 4, cod. proc. amm.).

V. La posizione della dottrina

Alcuni dubbi di costituzionalità sono stati rilevati ⁽⁷⁴⁾ con riferimento all'introduzione di una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Si è osservato che la scelta del legislatore di affidare al giudice amministrativo la cognizione delle controversie in materia di inadempimento connesso agli obblighi di pubblicità sarebbe impropria in quanto nella specie, non si verterebbe affatto in tema di accesso ai documenti amministrativi (materia rispetto alla quale vige la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) ⁽⁷⁵⁾ bensì in materia

⁽⁷⁴⁾ S. TOSCHEI, *Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo Italia*, Intervento al convegno "Anticorruzione e trasparenza: analisi dell'impatto normativo nell'ente locale", Frascati, 15 luglio 2013.

⁽⁷⁵⁾ Art. 133, comma 1, lettera a), n. 6), cod.proc.amm..

di dati e informazioni, più vicini alla tematica dell'accesso e riservatezza dei dati personali attribuiti alla cognizione "piena" del giudice ordinario dal codice della *privacy* ⁽⁷⁶⁾, attesa la posizione soggettiva di diritto riferibile all'accedente, analoga a quella propria di colui che vanta il diritto di accesso civico.

Al riguardo, ci si permette di rilevare che non sembrano rinvenibili particolari similitudini tra l'art. 5 del decreto trasparenza e l'art. 7 del codice della *privacy*. La struttura dell'accesso civico, pur nella siderale differenza quanto a finalità, legittimazione, interesse e bene giuridicamente tutelato, appare più simile a quella del diritto di accesso ai documenti amministrativi: entrambi gli istituti presuppongono un'istanza del privato che dà il via ad un vero e proprio procedimento amministrativo, come risulta palese, del resto, dalla disciplina del termine, identica a quella prevista dalla citata l. n. 241/1990.

E, pur qualificando la posizione giuridica soggettiva dell'utente che richiede l'accesso civico quale diritto soggettivo, non pare scorretta l'attribuzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Anche nell'ipotesi di diritto di accesso ai documenti amministrativi si è a lungo discusso sulla situazione soggettiva del richiedente. Come è noto, in tale materia si sono storicamente fronteggiati, da un lato, l'orientamento che afferma la natura di interesse legittimo e che concepisce l'atto adottato dall'amministrazione come provvedimento autoritativo; dall'altro, quello che configura la situazione stessa come diritto soggettivo. In dottrina è emersa anche una terza posizione, secondo cui la natura della pretesa di accesso non sarebbe identica, ma influenzabile dalle circostanze della fattispecie concreta e, in particolare, dalla natura vincolata o discrezionale del potere esercitato dall'amministrazione.

La tematica, articolata e complessa, sulla quale si sono pronunciate importanti Adunanze plenarie del Consiglio di Stato ⁽⁷⁷⁾, ci porterebbe lontano, fuori tema. Qui pare utile solo accennare che la posizione della giurisprudenza dominante, ormai, sembra essere attestata sulla riconducibilità della posizione giuridica in capo all'accedente ai documenti amministrativi al diritto soggettivo, piuttosto che all'interesse legittimo. Del resto, l'utilità pratica di una presa di posizione in ordine alla natura della situazione giuridica soggettiva sussistente in capo all'accedente ex l. n. 241/1990 appare poco conferente ove si consideri che è lo stesso legislatore ad attribuire la giurisdizione esclusiva in capo al giudice amministrativo e che

⁽⁷⁶⁾ Art. 152, d. lgs n. 196 del 30 giugno 2003.

⁽⁷⁷⁾ CdS, Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6, e Ad. Plen., 24 aprile 2012, n. 7.

l'istanza non risulta reiterabile (se non contiene elementi di novità) dopo il consolidamento del provvedimento di diniego.

A ciò si aggiunga che, come ha ben chiarito la dottrina ⁽⁷⁸⁾, oggetto della cognizione del giudice è la fondatezza della pretesa all'ostensione. Nel giudizio sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, il giudice valuta la fondatezza della pretesa sostanziale, i presupposti dell'istanza. Tanto si giustifica in quanto il giudizio *ex art. 116, cod. proc. amm.*, non ha come epilogo l'annullamento o meno del diniego di accesso, ma un provvedimento giurisdizionale sull'esistenza o meno della pretesa sostanziale dell'accedente. Tant'è che la sentenza può consistere in una condanna ad un *facere*. Si è detto, al riguardo ⁽⁷⁹⁾, che il giudice può decidere sull'istanza di accesso anche prescindendo dai motivi di ricorso, accogliere o respingere la domanda per motivi diversi e non dedotti in giudizio: ciò in quanto il giudizio sull'accesso della l. n. 241/1990 ha ad oggetto la verifica delle basi poste a fondamento dell'istanza di ostensione, piuttosto che la legittimità del diniego stesso.

Ebbene, a fronte di un giudizio sull'accesso della legge n. 241/1990 avente le descritte incisive caratteristiche, non pare davvero irragionevole l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al G.A. in tema di accesso civico; l'assunto che la posizione giuridica dell'accedente nell'accesso civico è di diritto soggettivo, non sembra proprio costituire motivo per ritenere preferibile la cognizione del G.O, sul rilievo che lo stesso sarebbe il giudice naturale deputato a condannare o meno la P.A. ad un *facere*. Ma ciò accade ormai comunemente anche nel processo amministrativo e proprio nel giudizio sull'accesso della l. n. 241/1990. Ed a tale istituto l'accesso civico, pur nella diversità, appare assimilabile quanto a struttura procedimentale, e sembra in definitiva assai più vicino rispetto, ad esempio, all'istituto dell'accesso disciplinato dal codice della *privacy*. Del resto, a ben vedere, anche nell'accesso regolato dalla legge n. 241/90 non viene in considerazione una tradizionale funzione amministrativa in senso classico: basti pensare alla funzione regolatoria di interessi contrastanti che è chiamata a svolgere la p.a. nel caso in cui occorranno eventuali istanze di controinteressati *ex art. 22*.

Altre critiche ⁽⁸⁰⁾ sono state mosse con riferimento alla gratuità della cd. "operazione trasparenza", ritenuta realizzabile senza investimenti in termini di risorse finanziarie, organizzative e umane. E' stato ricordato, al riguardo, che la proposta della Commissione Nigro

⁽⁷⁸⁾ R. GIOVAGNOLI, *cit.* (vedi nota 53).

⁽⁷⁹⁾ R. GIOVAGNOLI, *cit.* (vedi nota 53).

⁽⁸⁰⁾ SAVINO R., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in: *Giorn. dir. amm.* n.8-9, 2013, 798.

di estendere a chiunque il diritto di accesso era stata respinta proprio in considerazione del suo impatto sulle risorse finanziarie dell'amministrazione ⁽⁸¹⁾.

VI. Conclusioni

Nel parere del Consiglio di Stato sul d.lgs. n. 97/2016 viene affermato che *“La trasparenza si pone, allora, non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di ri-avvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una ‘casa di vetro’, nell’ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall’articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri”*.

L’istituto dell’accesso civico, frutto di un’indubbia trasformazione culturale del rapporto intercorrente tra ente che esercita la funzione pubblica e cittadinanza, va inteso con equilibrio ed applicato nelle giuste dimensioni volute dal legislatore: non quale mezzo di futuri conflitti tra amministrazione e cittadini, bensì strumento di utile collaborazione tra istituzioni e popolazione, alla quale non sono attribuiti indefiniti poteri punitivi, ma un giusto diritto alla conoscenza di tutti i dati riconosciuti ostensibili in possesso dell’amministrazione. In questo senso l’accesso civico diviene un mezzo per contribuire a realizzare un’azione amministrativa più efficace e *“come un obiettivo direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa”* ⁽⁸²⁾.

VII. Casi pratici di accesso ex l. n. 241/1990 nei confronti dell’IVASS

VII.1 La pareristica

L’Ufficio Consulenza Legale contribuisce all’uniformità dell’azione amministrativa dell’Istituto in materia di accesso mediante la redazione di pareri sui casi controversi. Sino ad oggi ciò è avvenuto con esclusivo riferimento alle istanze di accesso proposte ex l. n.241/1990 ma è presumibile che in futuro sarà sempre più frequente la richiesta di accesso civico agli atti e informazioni in possesso dell’Autorità.

La maggior parte delle richieste di accesso pervenute all’Istituto sono rivolte al Servizio Vigilanza Intermediari, al Servizio Tutela Utenti e, in misura minore, al Servizio Vigilanza Prudenziale. Un numero significativo di richieste si riscontra anche in materia di appalti e di

⁽⁸¹⁾ SAVINO R., *La nuova disciplina*, cit. (vedi nota 80).

⁽⁸²⁾ CdS, parere cit. (vedi nota 71).

rapporti con il personale dipendente, che però esulano, evidentemente, dall'oggetto del presente approfondimento (*slide n. 15*).

In linea generale, può dirsi che l'orientamento dell'IVASS in materia di accesso è estremamente disponibile verso gli accedenti, in conformità delle indicazioni normative europee e interne sul principio di trasparenza. Nondimeno, nella realtà quotidiana possono verificarsi ipotesi in cui l'interesse all'ostensione va temperato con l'interesse alla riservatezza, o ipotesi in cui l'istante risulta privo di legittimazione o di interesse.

Le ipotesi di accesso cd. "difensivo", esperite ai sensi dell'art. 24, comma 7 della l. n. 241/1990 vengono accolte con estrema ampiezza, in ossequio all'orientamento giurisprudenziale che intende in senso piuttosto estensivo l'interesse alla difesa, riconoscendo la legittimazione all'accesso anche a chi non è legittimato ad agire in giudizio avverso il provvedimento finale ⁽⁸³⁾.

Per quanto riguarda le istanze non esperite ex art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, l'Istituto ha negato l'accesso solo nei casi in cui la relativa istanza risultava assolutamente generica o immotivata ed inidonea a far emergere quell'interesse *"diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"* (art. 22 comma 1, lett. b, l. n. 241/1990).

Infine, sull'annoso problema dell'individuazione dei controinteressati, l'Ufficio, nel rendere il parere sul loro coinvolgimento ai fini di un'eventuale opposizione, ha chiarito in più di un'occasione che trattasi di figura diversa rispetto a quella disciplinata dall'art. 41, comma 2, del Codice del processo amministrativo a cui è riconducibile il soggetto che dall'ostensione riceverebbe una compromissione della riservatezza, con riferimento a tutti i documenti personali, non solo a quelli concernenti dati sensibili o sensibilissimi (*slide n. 16*).

VII.2 Il contenzioso

Va preliminarmente precisato che ad oggi il contenzioso relativo all'accesso è diminuito rispetto al passato e riveste, fortunatamente, un rilievo quantitativo marginale; ciò in quanto l'Istituto è assolutamente propenso a rendere i propri procedimenti pienamente accessibili nei confronti dei destinatari, avendo opposto pochi dinieghi nei confronti di soggetti ritenuti non legittimati a visionare gli atti o in eccezionali ipotesi di segreto d'ufficio (*slide n. 17*).

Tanto premesso, si ritiene di iniziare questa breve rassegna proprio con una sentenza di

⁽⁸³⁾ Ex multis: TAR Lazio, sez. III ter, ordinanza 28 novembre 2013, n. 10221.

segno sfavorevole per l'Istituto, per la verità piuttosto risalente nel tempo.

Il TAR Abruzzo ⁽⁸⁴⁾ si è espresso in relazione all'istanza di accesso agli atti relativi al fascicolo di un reclamo svolto dall'istante nei confronti di una compagnia di assicurazione (**slide n. 18**)

Qui il TAR ha precisato che *“Se l'attività “in procedendo” è svolta d'ufficio ed attiene a compiti istituzionali, da farsi riservatamente, in considerazione del tipo di attività “di vigilanza”, che non tollera interferenze, è pur vero che, una volta conclusa l'istruttoria ed il procedimento è definito, il suo esito deve essere conoscibile al pari di ogni altra attività decisionale di controllo, almeno da parte dell'interessato, ponendosi, diversamente, aspetti di costituzionalità”*. Di conseguenza, secondo il giudice, il segreto d'ufficio deve essere contenuto nei limiti della *“riservatezza”* dei *“terzi”* e dei compiti di stretta *“vigilanza”*, non potendosi da un lato riconoscere il *“diritto d'accesso”* in teoria, e dall'altro vanificarlo in pratica ⁽⁸⁵⁾.

La sentenza del TAR abruzzese risulta essere antesignana delle modifiche normative, tra cui quella del 2016 in materia di accesso civico, testé esaminata. In effetti, oggi tra le esclusioni relative all'Istituto dell'accesso civico va annoverata quella relativa al *“regolare svolgimento di attività ispettive”* (art. 5-bis, comma 1, lett. g, del d.lgs. n. 13/2013).

L'IVASS risulta già perfettamente allineato a tale indicazione normativa: a conclusione delle operazioni ispettive, i relativi verbali, sottoscritti da entrambe le parti, vengono consegnati alla parte assoggettata agli accertamenti.

Di segno opposto appare invece la sentenza del TAR Lazio, 5 novembre 2013, n. 9407, con cui il giudice, nel rilevare che la disciplina del segreto d'ufficio riveste carattere di specialità rispetto alla normativa generale dettata dalla l. n. 241/1990, ha valorizzato la strumentalità del segreto alle funzioni istituzionali di vigilanza demandate all'IVASS, facendone derivare il divieto di accesso in ordine a documenti acquisiti e prodotti nell'ambito dell'attività di controllo *“la cui ostensione è suscettiva di ledere gli interessi affidati alla cura dell'Istituto stesso, anche ove depurata l'informazione dai dati e dai documenti acquisiti nel corso dell'istruttoria”* (**slide n. 19**).

⁽⁸⁴⁾ TAR Pescara, 25 marzo 2004, n. 389.

⁽⁸⁵⁾ Interessanti appaiono anche le ragioni dialettiche poste alla base della citata sentenza del TAR Pescara: *“Sul piano logico, c'è da chiedersi che senso ha il concedere ad un soggetto, “uti civis” ed utente della “assicurazione obbligatoria per la R.C.”, la possibilità di fare una denuncia all'Autorità di vigilanza, contro il comportamento, ritenuto dilatorio e scorretto, di una società di assicurazione, se il medesimo non possa poi venire a conoscenza dell'esito, esauendosi il tutto con il solo atto propulsivo e riservando all'ISVAP ogni valutazione successiva, destinata a restare un segreto d'ufficio; la contraddizione è evidente ed impone un saggio equilibrio tra “poteri” e “diritti”.*”

La sentenza del TAR àncora strettamente la necessità del segreto alle funzioni di vigilanza: le esigenze di secretazione funzionalizzate ai poteri di accertamento, possono prevalere, in concreto, anche sull'accesso volto alla difesa in giudizio, in quanto costituiscono diretta ed immediata espressione della tutela del risparmio, avente rango costituzionale. In questo senso la ragionevolezza della normativa sul segreto d'ufficio nella disciplina bancaria, finanziaria e assicurativa si coglie ove si considerino la natura delle informazioni acquisite dai soggetti vigilati, nonché le significative conseguenze che potrebbero derivare nell'andamento del mercato da una indiscriminata divulgazione.

La sentenza si segnala anche per alcuni chiarimenti sulla legittimazione attiva all'accesso e sull'accesso ai verbali ispettivi. Nel caso valutato l'istante rivestiva la qualità di socio della compagnia interessata da un'ispezione dell'IVASS e pretendeva di avere un interesse differenziato all'ostensione ai verbali ispettivi, assumendo di rivestire la qualità di diretto interlocutore di atti di vigilanza.

Il TAR Lazio non ha condiviso la tesi della società ricorrente secondo cui dalla qualità di socio *"e perciò di organo"* della società incisa dalla vigilanza deriva un interesse diretto attuale e concreto all'ostensione, evidenziando, piuttosto, la diversità ontologica dei due soggetti (società interessata dall'azione di vigilanza e socio) *"dotati, ognuno di una propria autonomia patrimoniale, personalità giuridica, imputazione soggettiva e rappresentatività, nonché la circostanza che il capitale sociale è un bene della società e non dei soci"*. La qualifica di socio non coincide con quella di organo sociale atteso che tale figura *"implica l'esistenza di soggetti o colleghi investiti di specifiche e distinte funzioni amministrative, di controllo e deliberative"*.

E se è vero – ha argomentato il TAR - che la qualifica di socio comporta la possibilità di esercitare determinati poteri all'interno del rapporto con la società, è altrettanto vero che tale qualità non attribuisce al socio medesimo una posizione qualificata e direttamente incisa nell'ambito di un procedimento di accesso agli atti ispettivi e di vigilanza compiuti dall'IVASS nei confronti della società stessa.

Sui poteri del socio azionista rispetto a quelli della società, il TAR Lazio, a sostegno delle proprie argomentazioni, ha fatto proprie le argomentazioni della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 27346 del 24 dicembre 2009, ampiamente analizzata dagli studiosi, ove è stato chiarito che il socio non può agire nei confronti dei terzi che abbiano cagionato un danno alla società asserendo che il danno incide sul suo diritto agli utili e alla quota di

liquidazione. La conferma del distacco tra le vicende della partecipazione e quelle del patrimonio sociale, a giudizio delle Sezioni Unite del 2009, è rinvenibile nella circostanza che la posizione del socio è incorporata in un titolo idoneo a circolare disgiuntamente dai beni componenti il patrimonio sociale ⁽⁸⁶⁾.

Tali ineccepibili principi sono stati applicati dal TAR Lazio, che li ha trasposti in modo innovativo nel diritto amministrativo con riferimento all'istituto del diritto di accesso ed alla relativa legittimazione ⁽⁸⁷⁾.

Altra sentenza di rilievo in materia di accesso è la n. 6379 del 26 giugno 2013 del TAR Lazio, particolarmente rilevante nel campo dell'accesso difensivo e nei rapporti tra accesso e riservatezza (*slide n. 20*).

Si è detto che il c.d. "accesso difensivo" è preordinato alla cura o alla difesa di interessi giuridici, ed è disciplinato dall'art. 24, comma 7, della l. n. 241/1990, norma che, con l'avverbio "comunque", sembra attribuire prevalenza indiscriminata all'accesso stesso rispetto ad ogni altro interesse e persino al segreto di Stato, primo tra le cause di esclusione elencate dall'art. 24.

Si è detto, altresì, che, secondo una giurisprudenza costante ⁽⁸⁸⁾, l'accesso difensivo prescinde dalla fondatezza della domanda giudiziale che il richiedente potrebbe proporre, in quanto non è consentito all'Amministrazione effettuare una sorta di giudizio prognostico circa l'esito del giudizio cui la domanda di accesso è strumentale.

La citata sentenza n. 6379/2013 però è di opposto avviso. Va, peraltro, precisato che la vicenda da cui è scaturito il giudizio è davvero peculiare: si trattava di infatti di un accesso agli atti di un procedimento sanzionatorio pecuniario ove il sanzionando aveva richiesto di poter

⁽⁸⁶⁾ L'orientamento è stato sempre confermato nelle decisioni successive, e, da ultimo, nella sentenza della Corte di Cassazione, n. 2087 del 14 febbraio 2012, che ha valorizzato la circostanza che la personalità giuridica di cui sono dotate le società di capitali comporta l'esclusiva imputabilità alla società degli atti compiuti e dei propri organi rappresentativi, con le relative conseguenze patrimoniali passive, mentre il rischio del socio è normalmente limitato all'ammontare del conferimento. Ne consegue che la società, per la suprema Corte, è l'unico soggetto titolare di diritti, reali o di credito ad essa spettanti, nascenti dal contratto o da qualsiasi altra fonte prevista dall'art. 1173 c.c. ivi compresi i fatti illeciti, di qualsiasi genere.

⁽⁸⁷⁾ La fattispecie oggetto della sentenza del TAR Lazio, 5 novembre 2013, n. 9407, diverge da quella valutata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 24 aprile 2011, n. 7: qui l'istanza di accesso era rivolta nei confronti degli atti della Società Italiana Autori ed Editori (SIAE) da parte dei suoi consociati. Nel caso deciso dal TAR Lazio, invece, l'ostensione non riguardava gli atti adottati dalla società e documenti in possesso della stessa, bensì atti di vigilanza, adottati nei confronti della società ma formati e detenuti da un soggetto terzo (l'Autorità pubblica di controllo).

⁽⁸⁸⁾ CdS, 28 luglio 2016, n. 3409.

visionare ed estrarre copia anche delle difese del coobbligato solidale. L'IVASS acconsentiva all'accesso al fascicolo del procedimento sanzionatorio, oscurando peraltro la parte riguardante il coobbligato. Nel rivolgersi al TAR il ricorrente invocava l'istituto dell'accesso difensivo disciplinato dall'art. 24, comma 7, legge n. 241/1990.

Con una pronuncia esaustivamente motivata, contenente, altresì, puntuali richiami alla giurisprudenza costituzionale, il TAR Lazio ha confermato la legittimità dell'operato dell'IVASS, rilevando che l'accesso integrale agli atti del procedimento avrebbe potuto ledere la riservatezza di terzi. E' attribuito all'Amministrazione, secondo il TAR, il potere di individuare *“la linea di confine tra conoscenza necessaria, che impone la possibilità dell'accesso, e la conoscenza non necessaria, rispetto alla quale l'accesso può essere legittimamente negato”*.

La sentenza mostra di tenere in considerazione l'autorevole orientamento dottrinale ⁽⁸⁹⁾ secondo cui, quando decide su opposti interessi in materia di accesso, l'amministrazione è titolare di un potere diverso da quello che è esercitato nel caso di tradizionale funzione amministrativa: nei casi di opposizioni tra accesso e riservatezza non sussiste un conflitto tra privato e P.A., bensì tra privato e altro privato. Qui l'amministrazione risolve il conflitto tra due soggetti decidendo in modo neutrale e in posizione di terzietà, in funzione regolatoria e senza coinvolgimenti diretti.

La sentenza si pone in linea con una decisione del Consiglio di Stato (in materia non assicurativa) avente ad oggetto proprio il commento al settimo comma dell'art. 24. Qui si legge testualmente che: *“il tenore letterale e la ratio della disposizione legislativa in questione impongono un'attenta valutazione – da effettuare caso per caso – circa la stretta funzionalità dell'accesso alla salvaguardia di posizioni soggettive protette, che si assumano lese, con ulteriore salvaguardia, attraverso i limiti così imposti, degli altri interessi coinvolti, talvolta rispondenti a principi di pari rango costituzionale rispetto al diritto di difesa. In tale ottica solo una lettura rigorosa, che escluda la prevalenza acritica di esigenze difensive anche genericamente enunciate, in effetti, appare idonea a sottrarre la medesima norma a dubbi di costituzionalità, per irragionevole sacrificio di interessi protetti di possibile rilevanza costituzionale e comunitaria”* ⁽⁹⁰⁾.

In materia di accesso agli atti degli elaborati concorsuali risulta interessante la sentenza

⁽⁸⁹⁾ GIOVAGNOLI, FRATINI, *Il diritto di accesso*, Giuffrè, 2005, ove si parla di “funzione paragiurisdizionale”.

⁽⁹⁰⁾ CdS, 20 novembre 2013, n. 5515.

del TAR Lazio n. 9169 del 5 agosto 2016 con cui il Tribunale ha ritenuto inesistente l'interesse ad accedere agli elaborati degli altri candidati da parte di una candidata che aveva superato la prova scritta (*slide n. 21*).

Sul problema dei controinteressati nel giudizio amministrativo, ci si riporta a due precedenti che derivavano dalla trasposizione di ricorsi straordinari: TAR Lazio n.7259 del 19 maggio 2015; id. n. 8205 dell'11 giugno 2015 (*slide n. 22*).

Secondo tali decisioni il controinteressato nel processo amministrativo è il soggetto che riveste una duplice qualità: **1)** da un lato, è la persona individuata o facilmente individuabile in base al provvedimento impugnato; **2)** dall'altro, è il soggetto portatore di un interesse sostanziale, concreto ed attuale alla conservazione del provvedimento impugnato. Un interesse, in sostanza, del tutto speculare a quello del ricorrente. Entrambi i requisiti devono ricorrere contestualmente (CdS, 2 marzo 2009, n. 1188).

Il rito nei giudizi in materia di accesso è ispirato a principi di celerità e di semplificazione: a) il ricorso è proposto entro 30 giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata (a fronte dei sessanta giorni previsti per i ricorsi ordinari); b) il ricorrente, in primo grado, può stare in giudizio personalmente e l'Amministrazione può essere rappresentata da un proprio dipendente a ciò autorizzato; c) i termini processuali sono dimezzati; d) il giudice decide con sentenza in forma semplificata e, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione, nonché, ove previsto, la pubblicazione dei documenti.

Si segnalano, al riguardo, le sentenze del TAR Lazio n.7250 del 19 maggio 2015 e n. 8239 del 28 luglio 2014 sui termini dimezzati del giudizio sull'accesso (*slide n. 23*).

Enrico Galanti – Avvocato Capo IVASS

Grazie Marina per questa illustrazione molto esaustiva del nuovo istituto dell'accesso civico. Mi domandavo: ma quando si dice che anche l'accesso civico è giustiziabile e vi è quindi la giurisdizione del Giudice Amministrativo, il procedimento è sempre quello previsto dall'art. 116 del Codice del processo amministrativo?

Marina Binda - Avvocato IVASS

Sì, è stato proprio introdotto un inciso nell'art. 116 per chiarire questo aspetto.