

**ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI E APPLICATIVI IN ORDINE ALLA
LEGGE REGIONALE N. 14 DEL 14 OTTOBRE 2014 RECANTE “NORME SUL
PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E DISPOSIZIONI IN MATERIA DI
SEMPLIFICAZIONE”**

INDICE:

1. Il contenuto della legge

- Finalità e principi
- Termini
- Partecipazione al procedimento amministrativo
- Il diritto di accesso
- Semplificazione amministrativa

2. Il ruolo del Difensore civico regionale

3. Riferimenti normativi e giurisprudenziali in materia di accesso documentale

- I rapporti con la normativa nazionale
- Atti interni e accesso civico
- L'interesse all'accesso
- L'orientamento giurisprudenziale in tema di ambito oggettivo dell'accesso con particolare riferimento agli atti presupposti e/o preparatori.

1. IL CONTENUTO DELLA LEGGE

Finalità e principi

Il Titolo I disciplina il procedimento amministrativo ed il Capo I ne stabilisce i principi generali.

L'articolo 1 richiama i principi generali dell'azione amministrativa introdotti nel nostro ordinamento a partire dall' articolo 97 della Costituzione e quelli mutuati dall'ordinamento comunitario.

Viene incentivato l'uso della telematica nei rapporti interni, con le altre amministrazioni e con i privati, al fine di conseguire maggiore efficienza.

L'articolo 2 individua i soggetti a cui si applicano le disposizioni della legge, e recependo le disposizioni della legge n. 190/2012 in materia di prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, si prevede che tutti i soggetti pubblici e privati preposti all'esercizio di attività amministrative per conto della Regione devono assicurare il rispetto dei principi e dei criteri della presente legge con garanzie non inferiori a quelle a cui è tenuta l'Amministrazione regionale.

L'articolo 3 è dedicato all'attività di informazione e comunicazione rivolta a cittadini, imprese ed altri enti.

L'articolo 4 stabilisce l'obbligo di adozione di un provvedimento espresso, il divieto di aggravare o ritardare il procedimento amministrativo se non per esigenze straordinarie e motivate e l'obbligo di comunicazione agli interessati dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Tra le modificazioni introdotte dalla legge 190/2012, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione, viene ripresa, al comma 4 del medesimo articolo, la possibilità di concludere il procedimento in forma semplificata nel caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda.

L'articolo 5 disciplina l'obbligo di motivazione di ogni provvedimento amministrativo ed il relativo contenuto, nonché l'obbligo di notificare all'interessato termine e autorità a cui è possibile ricorrere.

L'art. 6 stabilisce i criteri per l'adozione di provvedimenti a favore di soggetti esterni, quali concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici di qualunque genere.

Nell'art. 7, riguardante il conflitto d'interessi, viene espressamente previsto l'obbligo di astensione a carico dei soggetti che intervengono nel procedimento così come precisati nel medesimo articolo, in coerenza con quanto stabilito con i codici di comportamento previsti dall' articolo 54 del decreto legislativo 165/2001.

Termini

Il Capo II, con gli artt. 8 e 9, definisce i termini del procedimento amministrativo, nonché i casi di sospensione.

La precedente normativa regionale (l.r.7/2005), prevedeva un termine di conclusione dei procedimenti di 90 giorni nei casi non stabiliti dalla legge, da regolamento o atto amministrativo. A seguito della novella del 2009 alla L.241/90, operata dalla legge n. 69/2009, viene qui individuato un termine ordinario di 30 giorni il quale può essere esteso sino a 90 giorni nei casi individuati con deliberazione della Giunta regionale o dell' Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale o sino a un massimo di 180 giorni, tenuto conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento amministrativo.

La sospensione del termine di conclusione del procedimento amministrativo è prevista per una sola volta, per un periodo non superiore a 30 giorni, e soltanto per acquisire le informazioni e i documenti richiesti.

I termini non possono essere sospesi per la richiesta di dichiarazioni sostitutive che costituiscono requisiti di ammissibilità dell'istanza.

Partecipazione al procedimento amministrativo

Gli articoli 10-14, nel rispetto di quanto previsto in materia di attribuzioni di competenze e responsabilità per il personale dell'amministrazione regionale, definisce le modalità per individuare il responsabile del procedimento ed i relativi compiti, unitamente a quelli del responsabile dell'istruttoria.

L'articolo 10 precisa, infatti, che, ove non sia già stabilito per legge o per regolamento, responsabile del procedimento è il dirigente responsabile della struttura organizzativa competente per materia. Il suddetto può delegare, con atto formale, la responsabilità del procedimento, nei limiti di quanto stabilito dalla l.r. 23/2008 e dai relativi provvedimenti organizzativi.

Nel Capo IV vengono definite le modalità di partecipazione al procedimento amministrativo, stabilendo le forme di comunicazione, le facoltà e i diritti dei soggetti interessati all'adozione del provvedimento finale e gli accordi tra gli stessi e le amministrazioni precedenti.

In particolare l'art. 20 prevede gli accordi con gli interessati, ovvero accordi finalizzati a determinare, nel perseguimento del pubblico interesse, il contenuto discrezionale del provvedimento finale o in sostituzione di esso.

Tali accordi, che non possono essere realizzati nei confronti dell'attività dell'amministrazione regionale diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, ovvero relativa a

procedimenti tributari (art. 21), devono essere motivati e stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga diversamente e sono soggetti ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti che sostituiscono.

Gli artt. 22-24 sono dedicati agli accordi tra amministrazioni pubbliche, ai pareri ed alle valutazioni tecniche.

In particolare, l'articolo 22 definisce le modalità di conclusione degli accordi tra l'amministrazione regionale ed altre amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività d'interesse comune.

La riduzione dei tempi per il rilascio di pareri, di cui all'articolo 23, unitamente alle nuove previsioni che disciplinano le conseguenze connesse alla mancata resa degli stessi, costituiscono misure che concorrono ad una più sollecita conclusione del procedimento, nell'ottica di un'azione amministrativa sempre più informata a principi di certezza ed efficienza.

Il diritto di accesso

Il capo VI è dedicato al diritto di accesso.

Nello specifico, l'articolo 25 prevede che è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse, per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, che può essere soddisfatto anche mediante strumenti informatici che consentano l'acquisizione diretta delle informazioni da parte dell'interessato.

A tal fine è considerato documento amministrativo ogni rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa.

I criteri e le modalità di esercizio del diritto di accesso, nonché i casi di esclusione del medesimo, sono disciplinati con regolamento della Giunta regionale, in base ai principi stabiliti dagli articoli 22, 23, 24, 25 e 26 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Nel caso di acquisizione diretta di informazioni e di documenti da parte dell'interessato, effettuata mediante strumenti informatici, devono essere previste altresì le misure organizzative, le norme tecniche e le modalità di identificazione del soggetto anche tramite l'impiego di strumenti informatici per la firma digitale.

I provvedimenti di diniego, differimento, limitazione all'accesso nei casi e nei limiti stabiliti da apposito regolamento ed in conformità alle previsioni di cui all'articolo 24 della legge 241/1990, sono adottati con atto scritto e motivato del dirigente o del direttore regionale responsabile del procedimento.

Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta di accesso ai documenti presentata all'ufficio regionale, questa si intende respinta.

Semplificazione amministrativa

Il Titolo II, al Capo II (artt. 27-32), disciplina gli oneri amministrativi e lo Sportello unico per le attività produttive.

In particolare l'articolo 27, ed è una novità, contiene una definizione di oneri amministrativi e stabilisce che gli atti normativi, regolamentari ed amministrativi contenenti titoli abilitativi, nonché l'accesso a servizi pubblici o la concessione di benefici, devono contenere l'elenco degli oneri a carico dei cittadini, delle imprese e dei portatori di interessi, da pubblicare sul sito istituzionale della Regione, nonché le modalità di misurazione dei medesimi. Ciò, ribadendo quanto recentemente previsto nell' articolo 35 del decreto legislativo 33/2013 in tema di obblighi di pubblicità e trasparenza.

Pertanto, la Giunta regionale, anche a seguito di accordi stipulati in sede di Conferenza unificata, è chiamata a definire programmi per la misurazione degli oneri amministrativi derivanti da obblighi procedurali e informativi nelle materie di competenza legislativa della Regione, con l'obiettivo di giungere alla riduzione di tali oneri.

L'articolo 28 disciplina l'autocertificazione e le modalità di presentazione di atti e documenti.

Gli articoli 29-31 sono dedicati allo Sportello unico per le attività produttive.

Il Capo III (33-36) regola la Conferenza di servizi.

Gli articoli 32-34 innovano decisamente la precedente disciplina della conferenza di servizi, in quanto non solo adeguano le disposizioni della l.r. 7/2005 alle numerose innovazioni recate dalla legislazione statale all'istituto a partire dal 2009, ma contengono anche una definizione di conferenza quale modulo procedimentale semplificato per la valutazione dei diversi interessi pubblici

coinvolti nei procedimenti complessi, allo scopo di accelerare l'emanazione del provvedimento finale.

Inoltre, accogliendo sollecitazioni emerse dal territorio regionale da parte dei professionisti, associazioni di categoria ed enti locali, volte ad ottenere, da un lato chiarimenti interpretativi, dall'altro interventi di applicazione omogenea di tale istituto a livello regionale, viene esteso l'ambito di applicazione delle disposizioni della conferenza anche agli enti locali (oltre che alle agenzie ed enti regionali).

Il Capo IV disciplina, all'articolo 37, la Segnalazione certificata d'inizio attività (SCIA) ed il silenzio-assenso. Tale disposizione richiama le previsioni degli articoli 19 e 20 della legge 241/1990 (SCIA e silenzio assenso), in quanto livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale e che, ai sensi dell' articolo 117, comma 2, lettera m) della Costituzione, rientrano nella competenza legislativa esclusiva statale.

La disposizione in esame stabilisce, altresì, criteri innovativi per l'adozione di un regolamento attuativo regionale volto a disciplinare i casi concreti in cui trovano applicazione la SCIA ed il silenzio assenso. Tale regolamento si pone diversi obiettivi di semplificazione dei procedimenti amministrativi, con particolare riferimento alla riduzione dei termini, standardizzazione delle procedure, riduzione degli oneri e all' utilizzo delle autocertificazioni.

Il Titolo III disciplina, al Capo I, le norme transitorie (art. 38) ed al Capo II le abrogazioni (art. 39).

2. IL RUOLO DEL DIFENSORE CIVICO

La legislazione regionale attribuisce al Difensore Civico "il compito di tutelare il cittadino nell'ottenere dall'Amministrazione Regionale quanto gli spetta di diritto" (art.2, L.R. 09/12/1981, n.50). Tale norma fa riferimento al diritto del cittadino ad una "buona amministrazione", nel senso di una vita migliore per il cittadino nel quotidiano rapporto con le Amministrazioni.

Gli interventi del Difensore Civico intendono innanzitutto rendere trasparente l'azione amministrativa, in confronto con le richieste dei cittadini, nel senso di una informazione chiara delle motivazioni e del contenuto dei provvedimenti adottati ovvero dei comportamenti posti in essere dalle Amministrazioni nella relazione con i cittadini. Il Difensore Civico si pone come soggetto terzo nella relazione fra il cittadino e la Pubblica Amministrazione, essendo il suo intervento caratterizzato da finalità di interesse pubblico (la buona amministrazione e la trasparenza amministrativa) e, pur essendo preposto anche ad attività di orientamento e informazione, egli non esercita un'attività di consulenza personale ovvero "difensiva" in senso tecnico ovvero processuale, volta alla tutela della persona fisica o giuridica, che caratterizza in particolare l'attività forense. Oltre alla funzione istituzionale di mediazione fra cittadino e pubblica amministrazione, il Difensore civico svolge un'attività di orientamento nei confronti degli utenti, in quanto nel caso non possa in prima persona intervenire nella questione segnalata,

è in grado di indirizzare il cittadino agli uffici che dovranno prendere in carico la segnalazione in questione.

Per quanto riguarda la materia dell'accesso documentale, ai sensi dell'art. 25 della Legge n. 241/1990 e s.m.i., il Difensore civico regionale è titolare di una funzione che possiamo definire "para-giurisdizionale", in quanto la richiesta di riesame di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso, costituisce rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale in senso stretto, che l'interessato può proporre dinanzi al T.A.R., e nel contempo il "parere" espresso dal Difensore civico può rappresentare un orientamento generale, in materia di accesso, per le amministrazioni sulle quali vige la competenza del Difensore civico stesso; ovvero oltre a quella regionale anche le amministrazioni comunali e provinciali nel caso di mancata presenza del Difensore provinciale territoriale.

Quanto sopra determina la produzione di diritto giurisprudenziale alla cui formazione concorre con i suoi pareri il Difensore civico.

Tale funzione può rappresentare un valido strumento in particolare per l'Amministrazione regionale, poiché può permettere un coordinamento del servizio da parte dell'amministrazione stessa, dando certezza e determinatezza ai diritti dei cittadini, prevenendo anche contestazioni in ordine a eventuali dinieghi o differimenti dell'accesso.

L'emanando regolamento regionale di attuazione, richiamato dall'art. 25, comma 8, della Legge regionale n. 14/2014, dovrà senz'altro tener conto delle specifiche funzioni in materia di accesso assegnate dalla normativa al Difensore civico, anche alla luce della cessazione dell'attività dei Difensori civici territoriali (provinciali), le cui funzioni sono naturalmente svolte in via suppletiva dal Difensore civico regionale, in forza della normativa di sistema e coerentemente con i principi di prossimità e sussidiarietà, comunque richiamati espressamente dall'art. 25 della Legge n. 241/1990.

3. RIFERIMENTI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI ACCESSO DOCUMENTALE

I rapporti con la normativa nazionale (L. n. 241/1990 e s.m.i.), che stabilisce i livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione.

L'art. 25 della l.r. 14/2014 prevede che "Al fine di assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale, è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse, per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, il diritto di accesso ai documenti amministrativi". Il comma 3 del suddetto articolo dispone che: "Ai fini della presente legge, è

considerato documento amministrativo ogni rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa". L'art. 22 della L. 241/1990 intende per documento amministrativo "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."

Nel confronto tra la normativa nazionale e la previsione regionale, naturalmente è destinata a prevalere la definizione più ampia di documento amministrativo, quale contenuta nell'art. 22, anche alla luce della giurisprudenza formatasi sul punto. D'altronde l'articolo 29, comma 2 bis della legge 241/1990, introdotto dalla legge n. 69/2009, qualifica le disposizioni legislative che impongono alle pubbliche amministrazioni di assicurare l'accesso ai documenti amministrativi, come livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione. Tale previsione va letta in relazione con l'articolo 22, secondo comma, della legge 241/1990, il quale riconosce che il diritto di accesso è anche principio generale dell'attività amministrativa preordinato a favorire la partecipazione dei cittadini e l'imparzialità e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Tenendo conto di questi presupposti, è necessario individuare quale spazio sia effettivamente riconosciuto alle Regioni, in relazione alla tematica del diritto di accesso.

L'art. 117, comma 2, lett. g) Cost. riconosce allo Stato la sola potestà legislativa esclusiva in materia di "ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali" e non anche sull'ordinamento e l'organizzazione amministrativa delle Regioni. Questa materia, non rientrando neanche fra quelle di legislazione concorrente di cui all'articolo 117, comma 3, della Costituzione, potrebbe ritenersi che ricada, conseguentemente, nella potestà legislativa residuale delle Regioni stesse, sempre salvo il ricordato limite della potestà esclusiva dello Stato in relazione ai livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali.

Il comma 2-quater dello stesso articolo 29 della legge 241 del 1990, prevede infatti che le "Le Regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela".

Emerge quindi dall'analisi della normativa che la stessa assume un carattere vincolante per gli enti territoriali cui è rivolta, ma è altresì derogabile esclusivamente in termini favorevoli per il cittadino, ferme restando le garanzie previste dal legislatore nazionale, in ipotesi più ampie. La disposizione, pertanto, si pone in termini di precetto nei confronti del legislatore regionale, il quale è tenuto a rispettare le prestazioni previste all'interno della legge 241 del 1990, in relazione alla quale non è possibile introdurre alcuna disciplina peggiorativa. Viceversa, la disposizione considerata non lascia alcun margine di incertezza

all'interprete in ordine alla possibilità, da parte delle fonti di autonomia regionale di intervenire sull'istituto del diritto di accesso, non solo per svolgere nel dettaglio la disciplina legislativa contenuta nella normativa statale, ma anche per adattarla e derogarla in melius nel pieno rispetto delle condizioni ivi previste.

Pertanto, sia gli statuti che le leggi regionali non possono emanare disposizioni che incidano negativamente sui livelli essenziali delle prestazioni determinati dalla legge 241 del 1990, ma anche di quelli regolati dal regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, il D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184, il quale contiene una norma che estende l'ambito di applicazione del regolamento statale alle Regioni e agli enti locali. Precisamente, l'articolo 14, comma 2, del citato D.P.R. 184/2006, sottolinea la necessità che dette autonomie territoriali adeguino i rispettivi regolamenti in materia di accesso alle prescrizioni del regolamento statale, riconoscendo ulteriormente in capo ai medesimi enti territoriali la potestà di adottare, nell'ambito delle rispettive competenze, le specifiche disposizioni e misure organizzative necessarie per garantire nei rispettivi territori i livelli essenziali delle prestazioni e per assicurare ulteriori livelli di tutela.

Le Regioni, dunque, sia rispetto alla legge che al regolamento statale, sono in grado di introdurre una disciplina più favorevole per il cittadino, in materia di diritto di accesso, la normativa statale funge così da limite volto a garantire l'imparzialità e il buon andamento con una disciplina omogenea di base.

Atti interni e accesso civico.

L'articolo 12 del citato D.Lgs. 33 del 2013 prevede che siano pubblicate nei siti internet istituzionali delle pubbliche amministrazioni le direttive, le circolari, i programmi, le istruzioni emanate dall'amministrazione e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti ovvero nei quali si determini l'interpretazione di norme giuridiche che le riguardano o si dettino disposizioni per l'applicazione di esse, ivi compresi i codici di condotta.

Sono atti interni che esprimono la loro rilevanza in quanto attraverso una loro applicazione andranno ad incidere indirettamente nella sfera giuridica degli amministrati.

In realtà il decreto legislativo n. 33 del 2013 per quanto concerne la pubblicazione di questa particolare tipologia di atti interni non introduce alcuna novità, limitandosi a riordinare e sistematizzare un obbligo di pubblicazione online già gravante sulle amministrazioni. Il primo comma dell'articolo 26 della legge 241 del 1990, che si è già avuto modo di analizzare, conteneva una previsione analoga a quella attualmente contenuta nell'articolo 12 del D.lgs. n. 33 del 2013, nei termini di imporre l'obbligo di pubblicazione di tali atti.

Il fatto che tali atti andassero pubblicati on line ha trovato poi successivo fondamento nell'art. 54 del codice dell'amministrazione digitale che al comma 1, lett. e) prevedeva che proprio gli atti di cui all'art. 26 della legge 241 del 1990 andassero pubblicati nei siti internet istituzionali della pubblica amministrazione,

cosicché dal combinato disposto delle due norme in esame emergeva già la regola che oggi è individuata nel decreto legislativo 33 del 2013.

Con il decreto legislativo 33 del 2013 sono state abrogate le due disposizioni appena citate e deve dunque farsi riferimento all'art. 12 del medesimo decreto legislativo per la disciplina della pubblicazione di questa tipologia di atti in esame.

Tramite questa disposizione un complesso di documenti che rappresentano tipici atti e materie di attività interne, costituenti il fulcro dell'amministrazione, vengono portati a conoscenza dei cittadini, ponendo così su nuove basi il rapporto intercorrente tra essi e le amministrazioni.

Nonostante si usi anche in questo caso la dizione "accesso", i due istituti, il diritto di accesso ai documenti amministrativi e il diritto di accesso civico, non coincidono. L'accesso civico è un istituto che presenta notevoli differenze rispetto al diritto di accesso ai documenti, in relazione alle diverse regole che presidono al suo esercizio. Si tratta, infatti, di un rimedio azionabile senza alcuna formalità, che prescinde dalla necessità di motivare l'istanza e dalla dimostrazione dell'utilità dell'atto che si intende conoscere rispetto alle esigenze difensive del richiedente. L'esercizio di tale rimedio è fondato sul solo presupposto dell'inadempimento in cui l'amministrazione è incorsa rispetto agli obblighi di pubblicità. Quindi, al verificarsi di tale evento, è possibile rivolgere un'istanza gratuita al c.d. responsabile della trasparenza dell'amministrazione, il quale è tenuto a pronunciarsi su di essa entro il termine di 30 giorni pubblicando sul proprio sito l'atto interno richiesto e contestualmente comunicando al richiedente

l'avvenuta pubblicazione. Non solo, l'istituto del diritto di accesso civico si distingue rispetto al diritto di accesso ai documenti amministrativi per le diverse regole che presiedono alla individuazione dei soggetti legittimati al suo esercizio. Sotto questo profilo la normativa di riferimento del diritto di accesso ai documenti ha invece subito un'evoluzione sempre più restrittiva. Si è passati dal "chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti" previsto nella originaria formulazione del primo comma dell'articolo 22 della legge n. 241/90, al "chiunque vi abbia un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti" previsto dal primo comma dell'articolo 2 del D.P.R. n. 352/1992, per giungere infine al nuovo testo dell'articolo 22 della legge n. 241/90 che, in seguito alle modifiche apportate dalla legge n.15/2005, prevede l'esercizio del diritto "di tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici e 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". Viceversa il secondo comma dell'articolo 5 del D.lgs. n. 33 del 2013 prevede che "la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del ricorrente". Si tratta quindi di un rimedio azionabile da chiunque, ovvero dai cittadini in quanto tali, titolari di un vero e proprio diritto soggettivo a conoscere in generale tutti quei documenti, dati e informazioni per i quali non risulta adempiuto l'obbligo di pubblicità e in particolare, per quanto concerne l'oggetto di nostro interesse, quella tipologia di atti interni che analogamente l'amministrazione non ha provveduto a pubblicare. Nella prospettiva in cui la

legittimazione all'accesso venga riconosciuta a "chiunque", senza alcun limite in ordine alla qualità o agli interessi del richiedente e senza necessità di motivare la relativa istanza, la disciplina dell'accesso civico appare conforme anche ad altre ipotesi analizzate in precedenza: il pensiero corre all'accesso agli atti adottati dal Comune o dalla Provincia o all'accesso all'informazione in materia ambientale.

Nel momento in cui il D.lgs. n. 33 del 2013 introduce la figura dell'accesso civico, muta anche la posizione di pretesa del cittadino. Quest'ultimo diviene titolare non solo di un diritto alla pubblicità, bensì di un vero e proprio diritto alla pubblicazione. Questo comporta che qualsiasi cittadino, a prescindere da un comportamento attivo della pubblica amministrazione, non solo ha il diritto di visionare e conoscere quegli atti interni dichiarati come pubblici e resi quindi disponibili dall'amministrazione medesima, ma è anche titolare di un diritto ancora più penetrante, consistente nella possibilità di richiedere alla pubblica amministrazione di pubblicare gli atti interni di cui ha ommesso la pubblicazione.

L'interesse all'accesso

Occorre in questa sede affrontare uno dei presupposti fondamentali per l'accesso documentale, ovvero l'interesse all'accesso stesso. L'art. 22 della Legge n. 241/1990 e s.m.i. stabilisce che per accedere alla documentazione amministrativa sia necessario un interesse "diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". La mancata coincidenza tra l'interesse all'esibizione del documento e

l'interesse a ricorrere apre la strada al riconoscimento della presenza del requisito dell'attualità anche sulla base della semplice previsione di un'eventuale lesione che possa verificarsi in futuro, in quanto l'interesse all'accesso non è di tipo "processuale", risultando più ampio rispetto al generale diritto di tutela in giudizio dei propri diritti e/o interessi legittimi. In tal senso, come affermato dalla V Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 554 del 02.02.2012, "il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma ha carattere autonomo rispetto a essa, cosicché il giudice dell'accesso deve accertare solo l'esistenza dei presupposti che legittimano la richiesta di accesso e non anche la necessità di utilizzare gli atti richiesti in un altro giudizio, ad es. dinanzi al giudice civile, fermo restando però che la disciplina sull'accesso non può essere rivolta a tutelare l'interesse a eseguire un controllo generico e generalizzato sull'attività della P. A. Detto altrimenti, la necessaria sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento a cui è chiesto l'accesso, alla quale fa riferimento l'art. 22 della L. n. 241 del 1990 non significa che l'accesso sia stato configurato dal legislatore con carattere meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante; esso assume invece una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa possibilità di instaurazione di tale processo. In questa prospettiva, il collegamento tra l'interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso e la documentazione oggetto della relativa istanza, sancito dall'art. 22 della L. n. 241 del 1990, non può che essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione

richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse". Quanto sopra salvi restando in termini di trasparenza, relativamente alla quale il cittadino, *quivis de populo*, è titolare di un diritto generale, gli effetti della recente normativa in tema di accesso civico.

Quanto al requisito della personalità, è necessario il legame tra l'interesse, e quindi il bene della vita di cui si richiede tutela, ed il soggetto richiedente. Il requisito della concretezza si estrinseca infine nell'esistenza di un collegamento evidente e tangibile tra i documenti a cui si chiede di accedere e le specifiche esigenze dell'istante. A tal fine è interessante evidenziare una pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, 24 aprile 2012, n. 7 che ha puntualizzato come la legge n. 241/90 abbia da un lato vietato l'accesso per istanze preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni, dall'altro ha dato una definizione positiva ed articolata di "interessato", come di soggetto che abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata che, puntualizza il consesso, deve essere "collegata al documento al quale è richiesto l'accesso". In altri termini, non sarà sufficiente essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata affinché l'interesse possa dirsi diretto, concreto e attuale, essendo necessario che la documentazione di cui si richiede l'accesso sia collegata a quella posizione sostanziale, impedendone o ostacolandone il soddisfacimento. La necessità che vi sia una connessione tra l'interesse del richiedente ad accedere e il documento di cui è richiesto l'accesso è altresì idonea ad evitare che qualsivoglia persona, anche

disinteressata, possa operare un controllo generalizzato dell'attività amministrativa. L'inammissibilità delle istanze preordinate al solo fine di controllare l'operato della pubblica amministrazione è disciplinata dal comma terzo dell'articolo 24 della legge n. 241/90 ai sensi del quale "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni". La legittimazione all'accesso va comunque riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita, distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto.

L'orientamento giurisprudenziale in tema di ambito oggettivo dell'accesso, con particolare riferimento agli atti presupposti e/o preparatori.

L'art. 29, comma 2 bis, della legge 241/1990, afferma che il diritto di accesso attiene ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Il riferimento ai livelli essenziali è molto importante, in quanto trattasi di una di quelle competenze trasversali che sono attribuite alla legislazione esclusiva del legislatore statale, e che dunque potrebbero avere una profonda influenza sulle Regioni e sulle autonomie locali.

I livelli essenziali, infatti, come insegna la giurisprudenza costituzionale, non costituiscono una materia in senso stretto, ma possono incidere su tutte le materie comunque attribuite alla competenza legislativa delle Regioni, comprese dunque anche le competenze esclusive (o residuali) delle stesse. Lo strumento previsto dall'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione, rappresenta quindi un temperamento al principio di sussidiarietà, nonché strumento di garanzia del rispetto dell'art. 3, comma 2 della Costituzione, quindi del principio di eguaglianza sostanziale. Pertanto, nel momento in cui una norma può essere qualificata come livello essenziale dei diritti civili e sociali, ciò comporta che tale disposizione si pone a diretta tutela del cittadino nei confronti del potere pubblico. In tal modo il cittadino può esercitare i diritti riconosciuti senza possibilità che le Regioni o le autonomie locali possano limitarli o condizionarli. È proprio da quest'analisi che emerge come il diritto di accesso rappresenti l'attuazione di ulteriori principi costituzionali (oltre quelli già analizzati in precedenza), ed in particolare del principio di eguaglianza sostanziale. Lo scopo, dunque, del legislatore è quello di garantire una disciplina essenziale in materia di diritto di accesso, con possibilità per le Regioni di ampliare la disciplina a favore dei cittadini, ma non di diminuirla.

Una particolare categoria di atti che frequentemente rientrano tra la documentazione oggetto di accesso sono i cosiddetti atti presupposti, ovvero quegli atti che nell'ambito di un procedimento amministrativo si pongono come antecedente logico e funzionale (oltreché, in linea di massima, temporale) rispetto ad un provvedimento finale produttivo di effetti giuridici. Agli atti (pur sempre

presupposti ma) endoprocedimentali la dottrina attribuisce il nome di atti preparatori e ne individua il carattere nella circostanza che essi si collocano all'interno del procedimento amministrativo e non hanno, al di fuori di questo, un autonoma rilevanza sul piano del diritto, non sono cioè in grado di produrre autonomi effetti sul piano della dinamica giuridica. Viceversa atti presupposti in senso proprio sarebbero quelli esterni al procedimento che, oltre a spiegare una funzione o un condizionamento rispetto al provvedimento conclusivo del procedimento, sono caratterizzati dall'aver una propria capacità di determinare la produzione di effetti giuridici e si presentano quindi come connotati da una propria autonomia rispetto al procedimento cui accedono. Tuttavia anche relativamente agli atti preparatori che abbiano inciso ovvero siano richiamati, anche implicitamente, in successivi atti formati dall'amministrazione, va estesa la tutela in termini di diritto all'accesso. Quanto sopra ferma restando la necessità che l'atto di cui si chiede l'ostensione non solo sia stato formato, ma ne venga comprovata l'esistenza.

Considerandone la valenza più generale ai fini della presente nota, è interessante rilevare al riguardo che in una recente Sentenza del T.A.R. Lombardia (20.10.2014), avente ad oggetto l'istanza di accesso proposto da Cooperativa di servizi per ottenere l'ostensione di offerta tecnica presentata da società aggiudicataria di servizio comunale di spazzamento strade e manutenzione verde pubblico, è stato evidenziato che "la correlazione tra la domanda di accesso e l'intenzione di contestare gli esiti della gara tanto basta ai fini del favorevole apprezzamento dell'interesse all'ostensione, atteso che esso prescinde tanto dalla

preventiva proposizione del gravame, quanto dall'analitica indicazione delle possibili censure". Tale decisione faceva seguito al diniego da parte dell'amministrazione comunale, di consentire l'accesso all'offerta tecnica, adducendo da un lato l'opposizione della società controinteressata, in ragione dell'esistenza di esigenze di riservatezza aziendale, dall'altro la mancata esplicitazione da parte del ricorrente delle ragioni per cui i documenti richiesti sarebbero utili alla tutela dei suoi interessi.

Va segnalata a tal fine anche la recente pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato Sez. V, Sent., 27-10-2014, n. 5280) nella quale viene stabilito che può essere differito solo l'accesso agli atti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, mentre la restante documentazione di gara è accessibile già dopo l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, sicché, anche ai sensi dell'art. 13 del D.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), la società ricorrente aveva diritto all'accesso, che era stato esercitato con riferimento all'elenco di operatori economici implementato dall'Amministrazione, all'eventuale avviso di presentazione di candidature, alle lettere dei soggetti che avevano chiesto di partecipare alla gara, alle lettere di invito, alle eventuali lettere di reiezione delle richieste di partecipazione, ai verbali delle sedute pubbliche e riservate della Commissione giudicatrice (comprensivi degli allegati documentali), alla documentazione amministrativa, tecnica ed economica presentata dalle parti concorrenti, al provvedimento di aggiudicazione provvisoria e ad ogni altra determinazione adottata al riguardo. Il comma 1 dell'art. 13 del D.Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che "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 L. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni". Il citato articolo 13 del D.Lgs. 163/2006, pertanto, nella parte in cui prevede il differimento del diritto di accesso a documenti relativi ai contratti pubblici, deve essere interpretato in modo restrittivo, rappresentando una norma eccezionale, derogatoria rispetto alle ordinarie regole in materia di accesso. Va poi osservato che la lettera c) del secondo comma di detta norma è chiara nel disporre che il diritto all'accesso può essere differito, in relazione alle offerte, solo fino all'approvazione dell'aggiudicazione, che, non può che essere costituita da quella provvisoria; non avrebbe senso, diversamente, l'aver previsto la possibilità di differimento fino all'aggiudicazione definitiva solo in relazione al procedimento di verifica dell'anomalia.

Occorre tuttavia evidenziare che l'ostensibilità degli atti preparatori e/o presupposti non inficia il principio secondo il quale la pubblica amministrazione non è tenuta, ai fini dell'accesso, a dover elaborare dati in suo possesso, espressamente previsto dal citato regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi all'ultimo periodo dell'art. 2, comma 2. Questa previsione non comporta solo che l'amministrazione non è tenuta a formare nuovi atti per soddisfare le esigenze conoscitive dell'istante, ma implica anche che è vietata un'eventuale attività che necessariamente preceda quella relativa all'elaborazione dei dati, quale può essere l'attività di valutazione di quegli stessi dati. È evidente a tal proposito che alcune attività sono di fatto

preliminari rispetto alle altre, per cui al divieto di effettuare una di queste attività corrisponde necessariamente l'ulteriore preclusione di effettuare le altre che appunto le precedono. Sono pertanto ulteriormente escluse le istanze di accesso che comportano un'attività di indagine, di ricerca, o di catalogazione da parte della pubblica amministrazione su dati che non si sono ancora tradotti in un documento amministrativo, sulla base del presupposto ormai recepito dalla giurisprudenza che questa attività comporta un aggravio del procedimento in corso o addirittura l'instaurarsi di nuovi procedimenti. Non solo, ma nel divieto di elaborazione dei dati sono comprese quelle ulteriori ipotesi in cui l'amministrazione deve adoperarsi non per elaborare dati in suo possesso ma anche più semplicemente per estrapolare dati già esistenti da un documento, informatico o meno, in suo possesso, portandosi ad una compressione del diritto di accesso molto ampia. Emerge da quanto detto che è vietato l'accesso c.d. meramente esplorativo. Ad esempio T.A.R. Lazio-Roma, sez. I ter, 12 marzo 2013, n. 2581, per cui "La norma dell'art. 22 della L. n. 241 del 1990 dà una nozione di "documento" molto ampia, non avente necessariamente natura cartacea, richiede però che si tratti di una rappresentazione del contenuto di atti; la norma regolamentare (art. 2 comma 2 del D.P.R. n. 184 del 2006), a sua volta, specifica che: "Il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera e), della legge, nei confronti dell'autorità competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente. La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare

dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso. Entrambe le disposizioni chiariscono in modo incontrovertibile che l'accesso riguarda i soli documenti rappresentativi di atti già esistenti, non essendo tenuta l'Amministrazione ad elaborare dati in suo possesso per soddisfare le domande di accesso", salva restando tutta la normativa in materia di accesso civico. Secondo la costante elaborazione giurisprudenziale la domanda di accesso deve riferirsi a specifici documenti già esistenti e non può pertanto comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta (Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2007 n. 6201). Tale principio deve essere esteso anche al caso in cui i documenti richiesti già esistono, ma per la mole dei documenti richiesti e per i criteri della richiesta, viene imposta all'amministrazione un'attività complessa di ricerca e reperimento dei documenti che presuppone un'attività preparatoria di elaborazione di dati" (Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 117 del 12.01.2011), fermo restando l'obbligo di trasparenza a carico dell'Amministrazione e il dovere della stessa di mettere il cittadino nella condizione di accedere ai documenti utili, in contraddittorio costruttivo.



DIFENSORE
CIVICO
della Regione Piemonte

Nota realizzata dal Difensore civico regionale

Avv. Antonio Caputo

Con la collaborazione del Dott. Antonio De Lucia

Ufficio del Difensore civico regionale

Torino, Novembre 2014