

INTRODUZIONE

Il diritto di accesso è espressione della partecipazione degli individui all'attività amministrativa e diventa quindi realizzazione di "democrazia", intesa come "governo del popolo".

La parola "democrazia" (in greco: δημοκρατία) combina gli elementi 'Demos' (δῆμος, "popolo ") e 'Kratos' (κράτος, "potere ") ed è attestata in Erodoto, la cui opera è datata tra il 440 ed il 430 a.C.

Siamo di fronte ad un sistema di governo in cui la sovranità è esercitata, direttamente o indirettamente, dal popolo.

Tale connotazione permane tutt'ora, se diamo uno sguardo alle democrazie moderne. Mentre lo Stato autocratico ha per regola il segreto, che garantisce l'incontrollabilità del potere, in quello democratico la regola è la trasparenza e il segreto l'eccezione. Tramite la partecipazione all'attività amministrativa, ogni soggetto ha modo quindi di esprimere le proprie idee e di esercitare un controllo sulle scelte dell'amministrazione, verificandone la trasparenza e l'imparzialità.

La nostra ricerca parte dalle fonti, i trattati dell'Unione Europea, la Costituzione e le fonti primarie. Inoltre tramite un'analisi delle principali sentenze sull'argomento, si individuano la natura giuridica, la modalità e il tempo di esercizio di tale diritto. Il metodo di indagine scelto è dunque quello giuridico.

Il diritto di accesso è disciplinato dal capo V° della legge n.241/90 sul procedimento amministrativo ed è un istituto che nel corso degli anni ha subito numerose modifiche legislative.

La normativa più recente ne ha ampliato la portata, disciplinando forme particolari di accesso, aventi natura settoriale (diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali,

diritto di accesso ambientale, secondo il codice dei beni culturali, in materia di appalti pubblici, delle persone disabili).

La nostra analisi evidenzia come, nel corso di questa evoluzione normativa, la bussola del legislatore sia stata e rimanga tutt'ora quella di un difficile bilanciamento tra l'esigenza di trasparenza nell'attività e nella documentazione detenuta dalla pubblica amministrazione, che si estrinseca nella richiesta di accesso agli atti, ed il diritto alla privacy, ossia alla protezione dei dati personali, in particolare quelli sensibili, disciplinato dal cd. Codice della privacy (D. Lgs.n.196/2003).

Consideriamo inoltre che nel corso degli ultimi anni il legislatore ha emanato nuove norme in materia di trasparenza, cercando di avvicinare il nostro paese ai livelli di trasparenza di molti paesi europei e di varie democrazie liberali (prima il D. Lgs. n.33/2013 e da ultimo il D. Lgs. n.97/2016, il cd. FOIA italiano).

In questo quadro normativo in costante cambiamento, non poche sono le difficoltà operative dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni nell'interpretare e far dialogare le due esigenze di cui sopra. La nostra attenzione si focalizza proprio su queste problematiche pratiche per le quali forniscono un costante supporto sia gli interventi del Garante della privacy sia le Linee Guida dell'Anac (Autorità nazionale Anticorruzione).

CAPITOLO I – IL DIRITTO DI ACCESSO NELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA e NAZIONALE

1.1 PREMESSA

Nel 2006 la Corte di Strasburgo ha stabilito per la prima volta che il rifiuto di dare accesso ai documenti amministrativi rappresenta una indebita “ingerenza da parte delle Autorità” nel diritto di essere informato del cittadino.¹

La Corte inoltre ha affermato che l'art.10 della CEDU racchiude un diritto generalizzato di accesso ai documenti amministrativi in possesso delle pubbliche amministrazioni.

Parallelamente la Convenzione adottata dal Consiglio di Europa il 27 Novembre 2008 ha sancito per la prima volta un obbligo generale di *disclosure*, riconoscendo un “diritto di accesso ai documenti pubblici detenuti dalle amministrazioni”, confermando che il diritto internazionale considera oggi la pretesa di ricevere informazioni come un diritto fondamentale dell'individuo.

Nel quadro europeo e internazionale il diritto di accesso alle informazioni pubbliche rappresenta un diritto fondamentale dell'individuo.

La legge n.15/2005 ² “Modifiche e integrazioni alla L. 7 Agosto 1990 n. 241 ³ concernente norme generali su azione amministrativa” ha modificato varie disposizioni del capo IV° della

¹ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Sdružení Jihoèeské Matky v. Czech Republic*, 10 luglio 2006.

² *Modifiche e integrazioni alla L. 7 Agosto 1990 n° 241 concernente norme generali su azione amministrativa*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.42 del 21 febbraio 2005. Sull'argomento si veda anche:

Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21-octies L. 241/1990, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED / Diana Urania Galetta - Perfetti, Luca R. Riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato. p. 319-336 Padova : CEDAM, 2008.

I principi di organizzazione dell'azione amministrativa dopo le recenti riforme normative: procedere e provvedere visti alla luce del nuovo codice dell'amministrazione e del codice sulla privacy (legge 15/2005 e legge 80/2005) di Barbara Bischi - Perfetti, Luca R. Riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato. p. 271-282 Padova : CEDAM, 2008.

La pubblica amministrazione e la sua azione : saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005 a cura di Nino Paolantonio, Aristide Police, Alberto Zito, Giappichelli, 2005.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 Febbraio 2005, numero 15: nuove regole sostanziali e giudiziali / Sergio Fiorenzano - Trasparenza amministrativa. p. 463-498 Milano : Giuffrè, 2008.

³ *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 192 del 18 Agosto 1990. Sull'argomento si veda anche:

legge n. 241/90, in cui sono dettati i principi generali in materia di accesso, e ha inserito all'art. 1 primo comma il riferimento ai principi generali dell'ordinamento comunitario.

Analizziamo di seguito i principi più significativi per l'azione amministrativa nel nostro ordinamento.

Il principio di certezza del diritto è rivolto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario; *il principio del legittimo affidamento* è finalizzato alla protezione di situazioni consolidate a seguito di provvedimenti emanati e illegittimamente revocati che hanno ingenerato un ragionevole affidamento nei destinatari.⁴

Il principio di proporzionalità prescrive che non possono essere stabiliti da parte delle pubbliche autorità obblighi e restrizioni alla libertà degli interessati in misura diversa da quella necessaria per raggiungere lo scopo cui è preposta l'autorità responsabile.⁵

Il principio del giusto procedimento prevede il diritto ad essere ascoltati nel corso del procedimento amministrativo e il rispetto delle prerogative della difesa in qualsiasi procedimento instaurato a carico di una persona e che possa sfociare in un atto per essa

L'amministrazione per accordi nel quadro della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo di Mastrocola, Cesare, Firenze : Nocchioli, 1993 - p. 89-102

Partecipazione e accordi ex art. 11 della legge n.241/90 di Pajno Alessandro

L'accesso ai documenti amministrativi nell'esperienza della legge n. 241 del 1990: evoluzione e prospettive di Sandulli, Maria Alessandra - *Diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990.* p. 39- 54

Le modifiche al procedimento amministrativo (legge n. 241/1990) di Tartaglione, Marco - *Contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche.* p. 215-274 Roma : Eurilink, 2013.

L'accesso alla pubblica amministrazione: la legge 241/90 di Della Seta, Roberto - *Verso una nuova amministrazione.* p. 91-104 Roma : Fazi, 2004.

La pubblica amministrazione e la sua azione : saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005 / a cura di Nino Paolantonio, Aristide Police, Alberto Zito - Le nuove leggi amministrative / collana diretta da Riccardo Villata – Giappichelli Editore, 2005 – 4° volume

Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990 : atti del Convegno internazionale Università degli Studi Roma Tre, 10 novembre 2010 / a cura di Carlo Colapietro - Editoriale Scientifica 2012

La nuova disciplina dell'azione amministrativa: commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e 80 del 2005 di Tomei, Roberto - *Collana di diritto amministrativo e pratica forense, CEDAM, 2005*

La partecipazione al procedimento amministrativo : anche alla luce delle modifiche apportate alla legge 7.8. 1990, n. 241, dalla legge 11.2. 2005, n. 15 e dal D.L. 14.3. 2005, n. 35, convertito con L. 14.5. 2005, n. 80 / Roberto Proietti - Fatto & diritto. Sezione amministrativa / collana diretta da Paolo Cendon, Giuffrè 2005

Il nuovo procedimento amministrativo : commentario coordinato della legge 241/90 riformata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 / a cura di Tiziano Tessaro e Franchini Carla – Serie Progetto Ente Locale, Maggioli, 2005.

⁴ Corte di Giustizia, sez. VI, 24-1-2002, causa C-500/99

⁵ Corte di giustizia, 10-12-2002, causa C-491/01

lesivo.⁶

Il principio di buona amministrazione impone di garantire la tempestività dell'azione amministrativa e di evitare trattamenti difformi senza adeguata motivazione. Vediamo in dettaglio in quali testi normativi questi principi trovano espressione.

1.2 CARTA DI NIZZA E LA BUONA AMMINISTRAZIONE

Detta anche Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, è stata proclamata a Nizza il 7 Dicembre 2000 da un organo straordinario chiamato Convenzione (in occasione del Consiglio Europeo di Nizza del dicembre 2000) e una seconda volta, in versione adattata, il 12 Dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. È composta dal preambolo e da sette titoli, per un totale di cinquantaquattro articoli. In essa il rapporto giuridico cittadino/amministrazione è fondato sulle pretese del cittadino, mentre l'amministrazione ha un ruolo strumentale nel loro soddisfacimento. L'intento della Carta non era quello di creare nuovi diritti, ma di assicurare maggiore visibilità a diritti già conosciuti.

L'art. 41 del capo V° descrive il diritto ad una "buona amministrazione", ossia il diritto di ogni individuo a far sì che le proprie questioni siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni.

L'amministrazione è buona quando motiva le sue decisioni e ascolta la persona interessata. Lo scopo principale dell'amministrazione è sapere dialogare con il cittadino, evitando di imporre oneri non funzionali allo svolgimento del servizio, ed essere trasparente, tramite la pubblicità degli atti e la digitalizzazione delle attività, o l'estensione dell'ammissibilità dell'accesso ai documenti amministrativi.

⁶ Corte di Giustizia, 23-10-1974, causa C-17/74

L'efficacia di questa norma non è limitata alla condotta delle istituzioni dell'Unione, ma si estende anche ai poteri pubblici nazionali e si traduce nella pretesa dell'individuo che l'attività della pubblica amministrazione si concluda in tempi ragionevoli. Ne consegue che ad es. per la disposizione che fissa i termini di conclusione del procedimento amministrativo, secondo Sandulli “...*non basta che quel termine sia stabilito, ma esso deve favorire la spedita conclusione del procedimento*”.⁷

L'art.42 del capo V° prevede che “*Qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica e giuridica che risieda o abbia sede sociale in uno stato membro ha diritto di accedere a documenti del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione*”⁸.

Il diritto di accesso in questo contesto assume una duplice connotazione: quella di diritto fondamentale quella di principio generale di diritto dell'Unione Europea. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° Dicembre 2009) il quadro giuridico è radicalmente cambiato e alla Carta dei diritti fondamentali è stato attribuito effetto vincolante. Il TUE stabilisce infatti - all'art.6 – che: “*L'UE riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali; la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati e l'Unione aderisce alla Cedu*”.⁹

1.3 TFUE ARTICOLO 15

Tale testo, ratificato dalla l. n. 130 del 2 Agosto 2008, accanto al Trattato sull'Unione Europea (TUE), è uno dei trattati fondamentali dell'Unione Europea. Nasce come TCEE (Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea) firmato il 25 Marzo 1957 a Roma. Il nome del trattato è stato successivamente cambiato in Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, e

⁷ Maria Alessandra Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pg.108 ss.

⁸ Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee IT C 364/19 del 18.12.2000, pg. 19

⁹ Mario P. Chiti, *Diritto Amministrativo Europeo, Quarta edizione*, Giuffrè Editore, Milano, 2011

poi in Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

L'articolo 15 al 1° comma stabilisce che *“Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile¹⁰ (...) e al 3° comma recita: “ Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo.¹¹ “*

Il diritto di accesso viene affermato sia come principio generale di trasparenza dell'azione dell'Unione Europea, che come strumento per promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile.

1.4 COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi¹² è l'articolazione di alcuni principi dell'attività amministrativa contenuti nella nostra Costituzione. Il punto di partenza del nostro ragionamento è l'articolo 97 della Costituzione, che recita: *“ I pubblici uffici sono organizzati*

¹⁰ IT C 83/54 del 30.03.2010 - Gazzetta ufficiale dell'Unione europea – art. 15

¹¹ Vedi nota 9

¹² Sull'argomento cfr:

Diritto di accesso ed automazione: profili giuridici e prospettive di Francesca Pubusa, Giappichelli, 2006

Procedimento amministrativo e diritto di accesso: commento organico alla L. 241/1990 come modificata dalle leggi 15/2005, 8/2005 e dal D.L. 7/2007 [a cura di Lilla Laperuta] ; in appendice: testo a confronto della L. 241/1990 prima e dopo le modifiche – , Simone, Napoli, 2007

Diritto di accesso alle informazioni in un ordinamento che cambia: tra Pubblica Amministrazione e cittadini: il modello Open Data di Bassi Marina – Luiss Guido Carli Editore 2013

Il diritto di accesso di Gambacurta Stefano – Giuffrè, Milano 2008

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi:le modalità di esercizio e la tutela di Sanino Mario, Napoli, Jovene, 2006

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi di Gregorio Arena e Marco Bombardelli – Napoli, Jovene 2006

secondo disposizioni di legge in modo che vengano assicurati il buon andamento¹³ e l'imparzialità¹⁴ dell'amministrazione".

I principi espressi in questo articolo sono quelli di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, ossia viene garantita indipendenza e neutralità della P.A. da influenze politiche. Il principio di imparzialità afferma l'obbligo per la P.A. di svolgere la propria attività nel pieno rispetto della giustizia.

Secondo Caringella, *"L'imparzialità va intesa anzitutto come equidistanza tra più soggetti pubblici o privati che vengono in contatto con la P.A."*¹⁵

In concreto dunque, l'imparzialità è la capacità del responsabile del procedimento amministrativo di far prevalere l'interesse pubblico solo se necessario e dopo una attenta valutazione degli interessi di coloro che si trovino in posizione di conflitto potenziale con la P.A agente.

Tale principio quindi trova esplicazione nel procedimento amministrativo, ossia è il procedimento stesso che nasce per garantire l'imparzialità della P.A. Essa valuta tutti gli interessi coinvolti nel procedimento, assicura l'integrità del contraddittorio, la motivazione degli adottati e la relativa pubblicità. L'imparzialità diventa perciò parametro normativo di valutazione di legittimità dell'attività amministrativa.

Il principio di buona amministrazione – buon andamento, secondo l'art. 97 Cost., indica l'obbligo per gli agenti dell'amministrazione di svolgere la propria attività secondo le

¹³ Sull'argomento cfr: *Funzione direttiva e buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione* di Catelani, Alessandro - Archivio giuridico Filippo Serafini 2003, p. 29-48

Disciplina dei controlli e principi di buon andamento. Relazione al Convegno "I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale", Varenna 21 settembre 2006 di De Martin, Gian Candido - Quaderni regionali. Rivista quadrimestrale di studi e documentazione, Maggioli, 2007

Il buon andamento dei pubblici uffici, di D'Alessio Gianfranco, CLUA, 1993

¹⁴ Vedi anche: *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione: organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea* di Gianluca Gardini - Seminario giuridico della Università di Bologna, Giuffrè, 2003

¹⁵ F. Caringella, S. Mazzamuto, G.Morbidelli . *Manuale di diritto amministrativo – Terza Edizione 2011* . Dike Giuridica Editore pg.932