

Decisione n. 24 del 20 maggio 2021

OGGETTO: Studio legale (OMISSIS) per conto di (OMISSIS)/ (OMISSIS) -Richiesta di riesame ex art. 25, comma 4 della legge 241/1990 e successive modifiche ed integrazioni su denegato accesso ad istanza presentata ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013 e successive modifiche ed integrazioni. (202114851)

IL DIFENSORE CIVICO REGIONALE

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni ed integrazioni ed in particolare il capo V, contenente disposizioni sull'accesso ai documenti amministrativi (cosiddetto accesso documentale);

VISTO il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e successive modificazioni ed integrazioni, contenente il "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni";

VISTO in particolare l'art. 5, comma 2, del citato D.Lgs. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. 97/2016, che ha introdotto, accanto all'accesso civico già disciplinato dal medesimo decreto, il c.d. "accesso civico generalizzato" che si sostanzia nel "diritto di chiunque di accedere a dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti";

CONSIDERATO che l'accesso civico generalizzato ha lo 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";

VISTA la nota trasmessa via pec in data 16 aprile 2021 ed acquisita al protocollo n. 631 del 19 aprile 2021, con la quale lo **Studio legale (OMISSIS) per conto di (OMISSIS)** ha presentato, ai sensi e **per gli effetti dell'art. 25, comma 4 della legge 241/1990** e successive modifiche ed integrazioni, richiesta di riesame al Difensore Civico Regionale della decisione assunta dall'Ufficio (OMISSIS) – in merito all'istanza di accesso (**presentata ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013** e successive modifiche ed integrazioni, volta ad ottenere la documentazione prodotta (a corredo della domanda) da tutti i partecipanti alla procedura per la concessione dei contributi alle attività non continuative riguardanti "audiovisivi" anno 2020;

RITENUTO di dover procedere in via preliminare, alla verifica della ammissibilità della richiesta di riesame con riferimento all'ambito di competenza di questa Difesa Civica, alla scadenza dei termini e alla mancata presentazione di ricorso al TAR;

ACCERTATO CHE sussistono tutti i requisiti di ammissibilità dovendo tuttavia rilevare che:



Il Difensore Civico

- la richiesta iniziale di accesso del 27 gennaio 2021 nonché le note del 9 e del 15 marzo 2021 (quest'ultima volta ad evidenziare che tra la documentazione per la quale l'accesso è stato consentito **non sono ricompresi i curricula allegati dagli interessati alle istanze di partecipazione**) presentate dal legale rappresentante della (OMISSIS) s.r.l. fanno riferimento a "Accesso agli atti amministrativi ai sensi del FOIA";
- la diffida ad adempiere presentata dallo Studio legale (OMISSIS) con nota del 25 marzo 2021 fa espresso riferimento *alle specifiche finalità di trasparenza* di cui al D.Lgs. 33/2013 con un accenno alla Giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di gare;
- la richiesta di riesame fa riferimento all'art. 25, comma 4 della legge 241/1990;

RILEVATO inoltre che il ricorso è stato regolarmente notificato, a mezzo pec, al (OMISSIS);

VISTE le seguenti note a firma del Dirigente del Servizio (OMISSIS):

- nota prot. RA/89060 dell'8 marzo 2021 con la quale è stata accolta la richiesta di accesso FOIA;
- nota prot. RA/96974 del 11 marzo 2021 con la quale, a conclusione del procedimento di accesso, è stato inviato ai sensi dell'art. 5 comma 6 del D.Lgs. 33/2013 e ss.mm.ii., un apposito link, contenente le proposte progettuali - allegato B delle istanze pervenute per il settore degli audiovisivi;
- la nota prot. RA/111705/21 del 19 marzo 2021 con la quale si precisa che la richiesta di accesso è stata soddisfatta **nei limiti e con le osservanze imposte dalla vigente normativa sulla privacy** invocando al riguardo il disposto di cui all'art. 5 bis, comma 2, del D.Lgs. 33/2013 e il parere del Garante per la Protezione dei Dati Personali n. 156 del 17 settembre 2021;

CONSIDERATO che con nota prot. 783 AC del 29 aprile 2021 questa Difesa Civica ha invitato il Servizio (OMISSIS) a controdedurre in relazione a quanto rappresentato dall'istante sospendendo i termini per la decisione per giorni venti corrispondente al numero di giorni concessi per la risposta;

VISTA la nota prot. n. RA/209347/21 del 18 maggio 2021 con la quale il predetto Servizio ha espresso le proprie articolate controdeduzioni in ordine alla posizione dell'istante evidenziando sostanzialmente:

- a) di aver accertato, in via preliminare, una non corretta assimilazione - come rilevato anche da questa Difesa Civica - tra l'inquadramento giuridico dell'istanza di accesso (accesso civico generalizzato cui al D.Lgs. 33/2013) e l'inquadramento giuridico della richiesta di riesame presentata ai sensi della legge 241/1990 (accesso documentale). Rispetto a questo aspetto il Servizio in questione ha richiamato la giurisprudenza



Il Difensore Civico

concorde nell'affermare che *“Si tratta di istituti a carattere generale ma ognuno con oggetto diverso, e sono applicabili ognuno a diverse e specifiche fattispecie”* (Tar Lazio, sez. II bis, 2 luglio 2018, n. 7326; TAR Toscana, sentenza del 20.12.2019, n. 1748; TAR Lazio, 425 del 14 gennaio 2019; Consiglio di Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503) e che *“Di conseguenza, laddove il richiedente abbia espressamente optato per un modello è precluso all'Amministrazione qualificare diversamente l'istanza, al fine di individuare la disciplina applicabile. Correlativamente il richiedente, una volta effettuata la propria istanza motivata dai presupposti di una specifica forma di accesso, non potrà effettuare una conversione della stessa in corso di causa. Questa infatti si radica su una specifica richiesta e sulla relativa risposta negativa dell'Amministrazione che concorrono a formare l'oggetto del contendere. Non può quindi ammettersi un mutamento del titolo giuridico dell'accesso in corso di controversia poiché il rapporto tra richiedente ed Amministrazione (o soggetto equiparato) si è formato non attorno ad un generico (asserito) diritto del primo di accedere a una determinata documentazione ma su una richiesta precisamente connotata nei suoi presupposti giuridici e fattuali”* (TAR Toscana, sentenza del 20.12.2019, n. 1748, con espressa citazione della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2019 n. 5503).”

- b) di aver rilevato che *“l'istante parla impropriamente di procedura di gara e di stazione appaltante come se la procedura fosse riferita ad una gara di appalto ai sensi del dlgs n. 50/2016 del Codice dei Contratti per l'affidamento di forniture, servizi e lavori (mentre si tratta procedura per erogazioni di contributi culturali pertanto non aggiudicatari ma beneficiari di contributi)”*;
- c) **di aver esaminato e valutato l'istanza di accesso ai sensi del D.L.gs 33/2013 in coerenza con quanto richiesto;**
- d) di non aver concesso l'accesso ai curricula *in quanto l'art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. n. 33/2013, prevede espressamente che l'accesso di cui all'art 5 comma 2 (Foia) è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali. Infatti il Garante per la protezione dei dati personali con proprio parere n. 156 del 17 settembre 2020, si è espresso affermando che “nei curricula vitae in generale sono contenuti dati e informazioni personali molteplici e pertanto la relativa ostensione può consentire l'accesso, a seconda di come è redatto il cv, a numerosi dati (es.: nominativo, data e luogo di nascita, residenza, telefono, fax, e-mail, nazionalità ecc.) e informazioni di carattere personale (es.: esperienze e competenze professionali, istruzione e formazione, competenze personali, riconoscimenti e premi, appartenenza a gruppi/associazioni, referenze, menzioni, corsi, ecc.), che non sempre si desidera portare a conoscenza di soggetti estranei, e la cui ostensione – in relazione ai casi e al contesto in cui possono essere utilizzati da terzi – può integrare proprio quel pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali previsto dal sopra citato art. 5- bis, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 33/2013”*;



Il Difensore Civico

- e) Le motivazioni del diniego trovano conforto anche in un precedente parere del Garante per la protezione dei dati personali del 30 marzo 2017, nelle linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 c. 2 del D.Lgs. 33/2013 adottate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con la Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, nei principi generali sul trattamento dei dati personali e, in particolare, in quelli di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, del Consiglio di Stato, nonché al nuovo quadro normativo in materia di protezione dei dati introdotto dal Regolamento (UE) n. 679/2016;

VALUTATE le argomentazioni addotte dalle parti;

VALUTATO CHE l'inammissibilità della mutazione della norma violata in corso di procedimento è un principio pacificamente riconosciuto dalla Giustizia Amministrativa e chiaramente confermato **dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 5503/2019** che richiama precedenti pronunce già orientate in tal senso (*ex multis*, Cons. St. V, n. 1817/2019). Nel caso infatti in cui l'istante abbia formulato la propria richiesta d'accesso invocando l'applicazione della legge n. 241/90 (il cd. "accesso documentale"), oppure del D.Lgs.n. 33/2013 (il cd. "accesso civico generalizzato"), resta poi preclusa alla P.A. – fermi i presupposti di accoglibilità dell'istanza – la possibilità di qualificare diversamente detta istanza al fine d'individuare la disciplina più correttamente applicabile. Come parimenti è preclusa al privato istante la conversione dell'istanza in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale. Il rigore enunciato dal giudice amministrativo trova facile giustificazione nel fatto che, nei rapporti reciproci tra i vari tipi di accesso, ciascuno opera nel proprio ambito sicché non vi è assorbimento dell'una tipologia rispetto all'altra, né opera il principio d'abrogazione tacita tale per cui un modello d'accesso sostituisce l'altro, in attuazione di un indirizzo onnicomprensivo che tende ad ampliare ovunque i casi di piena trasparenza dei rapporti tra le pubbliche amministrazioni ed i privati. Vi è quindi l'assoluta necessità di tenere distinte le tipologie e di scegliere – da parte del privato istante - quella più corretta in relazione agli interessi in gioco rispetto ai quali la P.A., nel valutare le istanze di accesso agli atti, deve trovare il necessario (difficile) bilanciamento. Bilanciamento che risulta diverso nel caso dell'accesso ex Legge 241/1990, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a documenti pertinenti, rispetto all'accesso generalizzato, dove invece le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno approfondito ma più esteso, avendo presente che l'ostensione documentale in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità e diffusione di dati, documenti e informazioni;

RITENUTO, per quanto precede, di non poter scrutinare la richiesta di riesame ai sensi dell'art. 25, comma 4 della legge 241/1990 e successive modifiche ed integrazioni in quanto la decisione di diniego si fonda su un diverso titolo giuridico (accesso civico generalizzato di cui al D.Lgs. 33/2013) che ha caratterizzato la relativa istanza;

ACCERTATO, comunque, che le motivazioni afferenti il diniego sono coerenti con le disposizioni di cui al D.Lgs. 33/2013 e con la vigente normativa sulla privacy applicabili al caso in esame;

Tutto ciò premesso



Il Difensore Civico

DECIDE

- il ricorso avverso il denegato accesso civico presentato dallo Studio legale **(OMISSIS)** per conto di **(OMISSIS)** s.r.l., volto ad ottenere copia della documentazione specificata in premessa è **respinto**;
- la presente Decisione è comunicata all'istante e alla **(OMISSIS)**.

Il Difensore Civico Regionale
Avv. Fabrizio Di Carlo

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt. 22 e 40 del D.Lgs. n. 82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m. e i.