

APPROVATA DA DS/TT:

DATA APPROVAZIONE: 10.04.18

SCOPO

Scopo della presente Procedura è di definire le principali caratteristiche della gestione di una richiesta di esercizio dei propri diritti da parte dell'interessato al fine di rispondere ai requisiti definiti dal GDPR (Regolamento Ue 2016/679) e dal BS 10012:2017.

CAMPO DI APPLICAZIONE

La presente procedura si applica all'intera organizzazione, in particolare alle funzioni dell'organizzazione che gestiscono le richieste d'esercizio da parte dell'interessato dei propri diritti, come il DPO (Responsabile della protezione dei dati), qualora nominato.

1. Il diritto di accesso ai dati, ai documenti e alle informazioni dopo il d.lgs. 97/2016

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 97/2016, nell'ordinamento italiano erano previsti due distinti diritti di accesso:

- L'accesso documentale, previsto dalla L. 241/1990 sul procedimento amministrativo
- L'accesso civico, previsto dal d.lgs. 33/2013

Il d.lgs. 97/2016, modificando il d.lgs. 33/2013, ha introdotto il diritto di accesso generalizzato, usualmente denominato FOIA, dall'acronimo della legge (Freedom of Information Act) che dal 1966 regola il diritto di informazione negli USA.

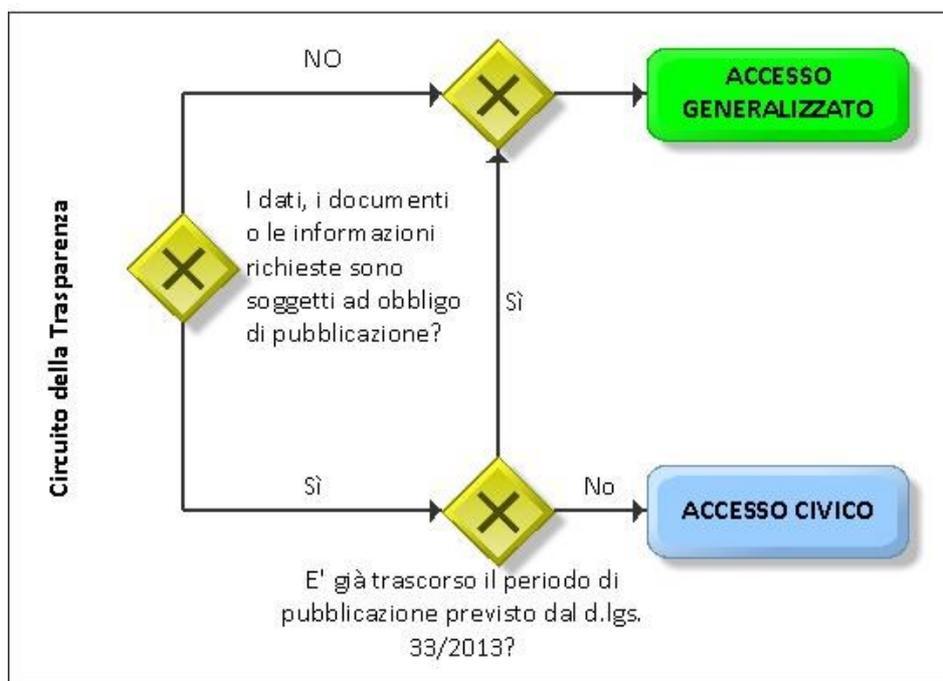
Accesso Documentale L. 241/1990	Accesso Civico d.lgs 33/2013, art. 5, co.1	Accesso generalizzato d.lgs. 33/2013, art. 5, co.2
<p>Serve a tutelare gli interessi giuridicamente rilevanti dei destinatari dei procedimenti amministrativi.</p> <p>SONO inammissibili le istanze preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche Amministrazioni.</p> <p>Il diritto di accesso è escluso in assenza di interesse giuridicamente rilevante, per documenti coperti da segreto di stato, nei procedimenti tributari e in tutti i casi elencati nell'art. 24 della L. 231/1990.</p>	<p>Serve a vigilare sul corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione.</p> <p>L'accesso Civico può essere esercitato da chiunque, anche in assenza di interessi giuridicamente rilevanti.</p> <p>Non è possibile chiedere la pubblicazione di dati documenti e informazioni non obbligatorie.</p>	<p>Serve a promuovere la libertà di informazione e il controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni.</p> <p>Rende accessibili i documenti, le informazioni e i dati in possesso della PA, non soggetti ad obbligo di pubblicazione, anche in assenza di interessi giuridicamente rilevanti.</p> <p>L'accesso generalizzato può essere negato o differito solo nei casi previsti dall'art. 5-bis del d.lgs. 33/2013</p>

Il d.lgs. 97/2016 non ha però modificato o abrogato i diritti previgenti. E così, oggi in Italia abbiamo tre diversi diritti di accesso, che regolano, in modo diverso, il diritto di accesso ai documenti, ai dati o alle informazioni detenute dalla pubblica amministrazione:

Alla luce dell'art. 5 del d.lgs. 33/2013 e delle Linee Guida ANAC sull'accesso generalizzato (Det. 1309/2016), possiamo definire nel modo seguente l'ambito di applicazione dei tre diritti di accesso:

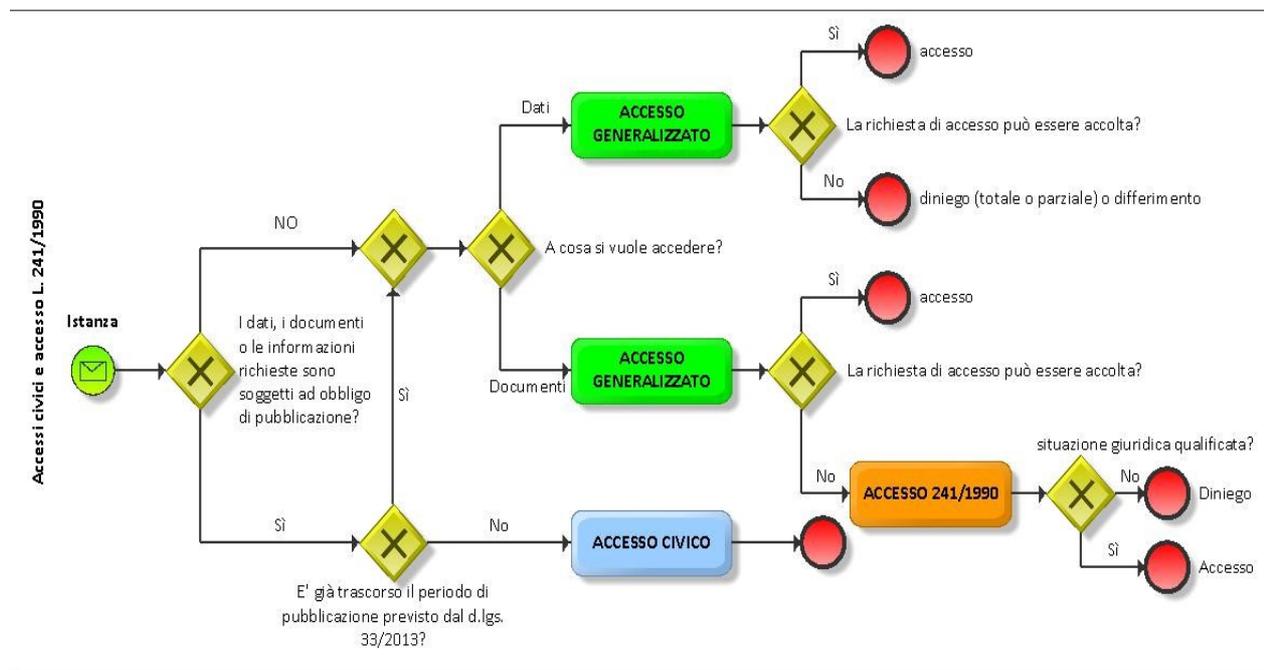
- L'accesso civico (art. 5, co.1, d.lgs. 33/2013) si applica ai documenti, ai dati e alle informazioni soggette ad obbligo di pubblicazione
- L'accesso generalizzato (art. 5, co.2, d.lgs. 33/2013) si applica ai documenti, ai dati e alle informazioni non soggette ad obbligo di pubblicazione
- L'accesso documentale (artt. 22 e ss., L. 241/1990) è una forma residuale di diritto di accesso, che si applica ai soli documenti amministrativi e che consente (ai soggetti portatori di un interesse giuridico rilevante), di accedere ai documenti sottratti all'accesso generalizzato.

L'accesso civico e l'accesso generalizzato non si sovrappongono mai: la selezione di uno dei due diritti di accesso introdotti dal d.lgs. 33/2013 dipende dalla presenza o meno di un obbligo di pubblicazione e dalla durata della pubblicazione. Il processo di selezione dei due diritti può essere rappresentato graficamente, ricorrendo a quello che chiameremo, per convenzione, circuito della trasparenza:



La "logica" globale, che regge la distinzione tra i tre diritti è sintetizzata nella figura 1, che incorpora anche il circuito della trasparenza:

Figura 1 - accesso civico, accesso agli atti e accesso generalizzato



2. Il procedimento di accesso generalizzato

Il procedimento di accesso generalizzato, descritto nell'art. 5 (commi 3 – 11) del d.lgs. 33/2013, non è di facile rappresentazione. Mentre l'accesso civico dipende dall'obbligo di pubblicazione e prevede l'interazione tra due soggetti (il cittadino e l'amministrazione), l'accesso generalizzato prevede l'interazione tra 6 soggetti:

- Il cittadino richiedente
- il controinteressato
- la pubblica amministrazione
- il Garante della Privacy
- il Difensore Civico
- Il TAR

La differente complessità dei due procedimenti è rappresentata nelle figure 2 e 3.

Figura 2 - Accesso Civico

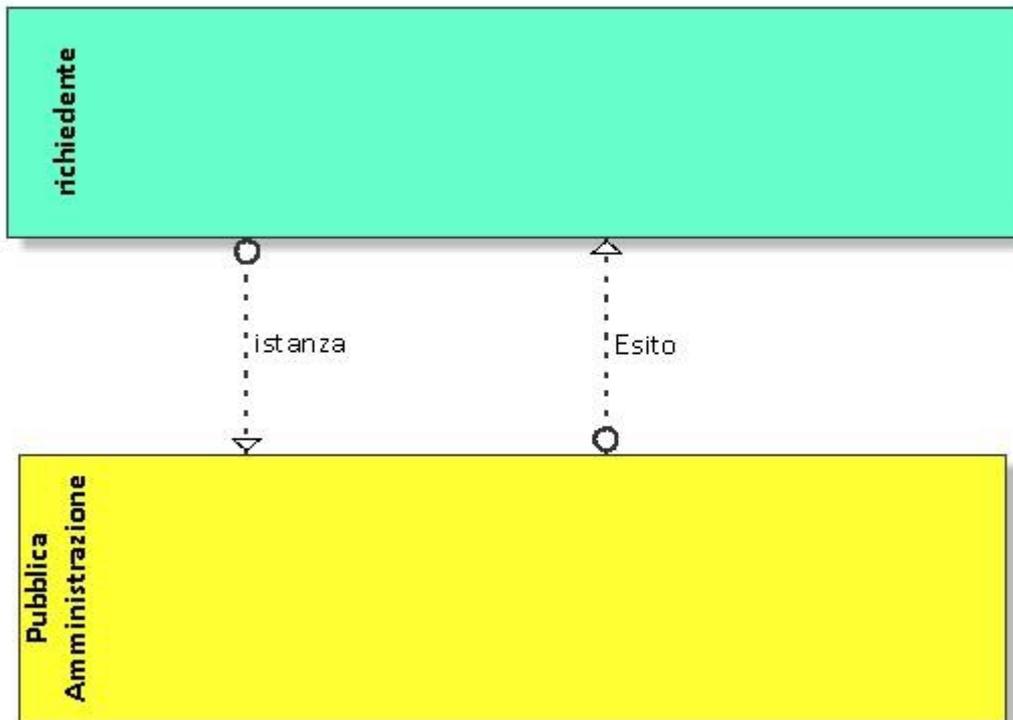
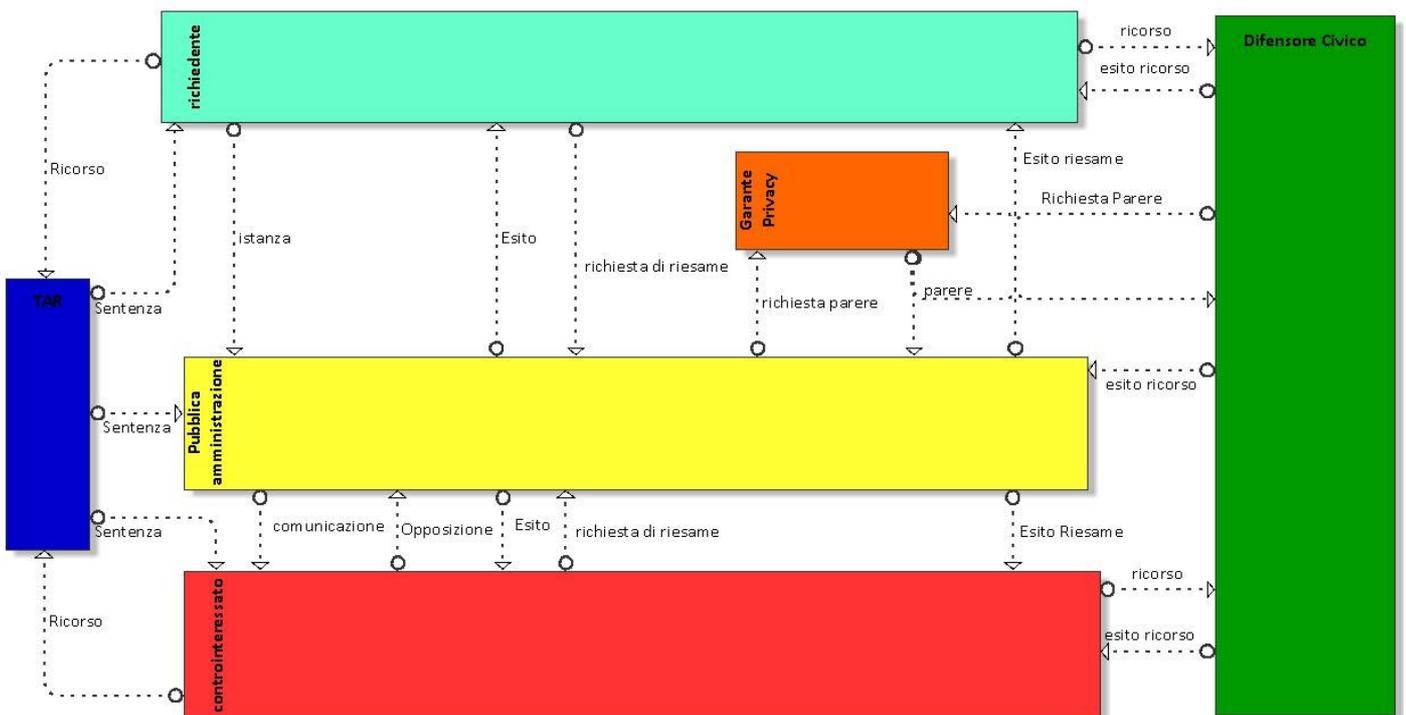


Figura 3 - Accesso Generalizzato



Data la complessità delle interazioni, è conveniente rappresentare il procedimento di accesso generalizzato assumendo il punto di vista di tre dei suoi attori principali: il cittadino richiedente, il controinteressato e la pubblica amministrazione.

2.1. Il richiedente onnisciente

L'accesso generalizzato è un procedimento a istanza di parte, che viene avviato dal cittadino, che invia una istanza di accesso.

Il procedimento può concludersi, entro 30 giorni, in 4 modi diversi:

- accoglimento dell'istanza e accesso ai dati, ai documenti, alle informazioni
- diniego totale (l'amministrazione nega l'accesso ai dati, ai documenti, alle informazioni)
- diniego parziale (i documenti, i dati o delle informazioni sono rese accessibili solo in parte)
- differimento (l'accesso ai dati, ai documenti e alle informazioni è differito nel tempo)

L'accesso può essere **negato o differito** solo se incorre nei limiti o nelle cause di esclusione elencate nell'art. 5bis del d.lgs. 33/2013:

Cause di esclusione:

- segreto di Stato
- divieto di accesso o divulgazione previsto dalla legge
- l'accesso ai dati, alle informazioni o ai documenti richiesti è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, co. 1 della L. 241/1990.

Limiti:

- interessi pubblici (sicurezza pubblica, ordine pubblico, sicurezza nazionale, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, politica e stabilità economico-finanziaria, indagini e attività ispettive)
- interessi privati (protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, proprietà intellettuale, diritto d'autore e segreti commerciali)
- Le esclusioni sono assolute. Invece i limiti sono relativi: l'amministrazione deve valutare, caso per caso, se prevale l'interesse pubblico all'accesso generalizzato o se prevalgono altri interessi.

In caso di diniego (totale o parziale) o di differimento, il richiedente può rivolgersi:

- Al Responsabile per la prevenzione della corruzione e trasparenza (RPCT) dell'amministrazione, per chiedere di riesaminare l'esito dell'istanza
- Al Difensore Civico, nel caso in cui l'istanza di accesso agli atti, ai documenti e alle informazioni sia stata rigettata da un ente locale o da una Regione
- Al Tribunale Amministrativo Regionale.

Il d.lgs. 33/2013 definisce le procedure per il riesame del RPCT (20 giorni) e per la decisione del Difensore Civico (30 giorni). Se l'istanza di accesso è stata negata o differita per tutelare dati personali, il Difensore Civico e il RPCT devono coinvolgere Garante della Privacy, che si pronuncia entro 10 giorni.

Per esercitare correttamente il diritto all'accesso, il cittadino dovrebbe essere onnisciente e conoscere i diversi diritti di accesso, i limiti, le cause di esclusione e le modalità di ricorso. **Le figure 4 (che incorpora il circuito della trasparenza) 5 e 6 rappresentano l'accesso generalizzato di un cittadino onnisciente.**

Figura 4 - Cittadino onnisciente: istanza di accesso

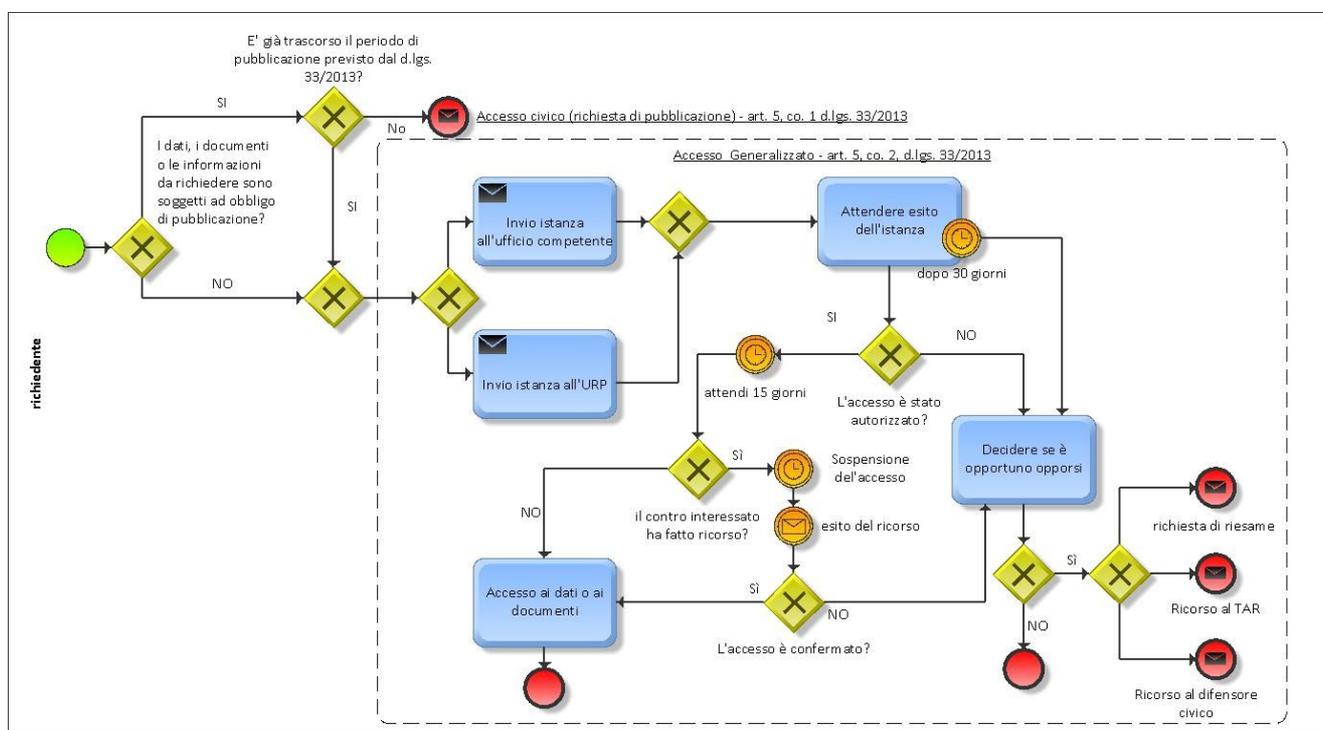


Figura 5 - cittadino onnisciente: ricorso al RPCT

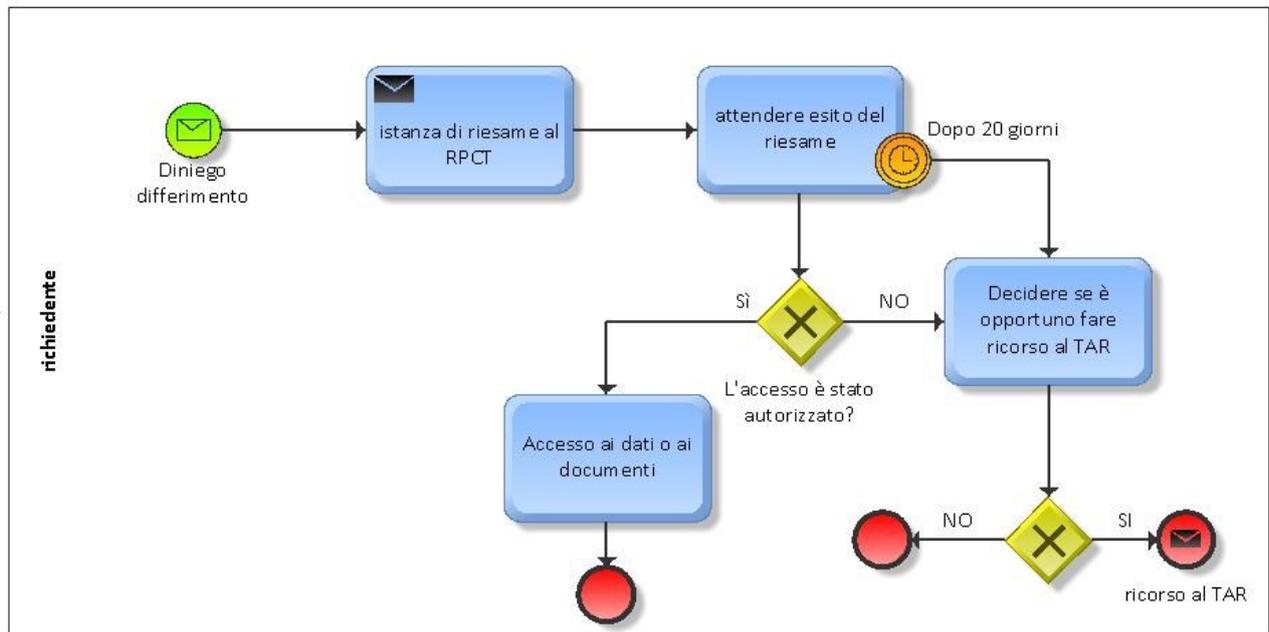
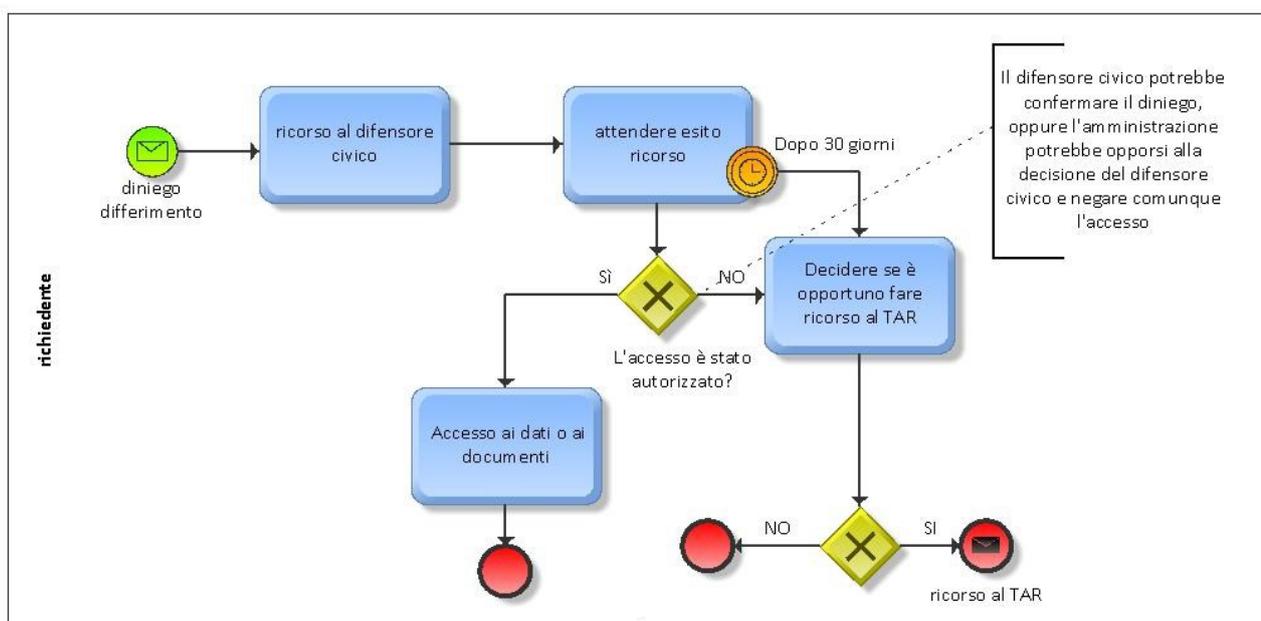


Figura 6: cittadino onnisciente: ricorso al Difensore Civico



2.2 Il richiedente *reale*

In realtà, il cittadino chiamato ad esercitare il diritto di accesso generalizzato potrebbe non essere onnisciente e, in particolare, potrebbe non essere in grado di distinguere tra i diversi tipi di diritto di accesso. Oppure potrebbe non sapere con esattezza a quale dato, informazione o documento vuole accedere. Il richiedente *reale* potrebbe, per esempio:

- Inviare una istanza di accesso generalizzato per un documento già soggetto ad obbligo di pubblicazione, e quindi già disponibile sul sito internet dell'amministrazione;
- Richiedere un supporto all'amministrazione, per sapere come avanzare la richiesta di accesso generalizzato;
- Inviare una istanza di accesso generica, che non identifica con precisione i dati, i documenti e le informazioni.

La figura 7 rappresenta l'accesso generalizzato di un cittadino *reale*. A differenza della precedente figura 4 (che si riferiva al richiedente *onnisciente*), ora il cittadino chiede il supporto della pubblica amministrazione prima di inviare l'istanza di accesso e prima di opporsi ad un eventuale diniego o differimento. Inoltre, la scelta del tipo di accesso (civico o generalizzato) non è più guidata dal *circuito della trasparenza*: il cittadino ora potrebbe decidere in base alle informazioni fornite direttamente dall'amministrazione, oppure secondo una logica del tutto personale e non prevedibile a priori (ad. es. potrebbe essersi fatto una idea del FOIA tutta sbagliata, potrebbe avere cercato informazioni su internet, oppure potrebbe decidere in modo del tutto casuale). E quindi potrebbe anche sbagliare nella scelta della tipologia di accesso.

2.3 Il controinteressato

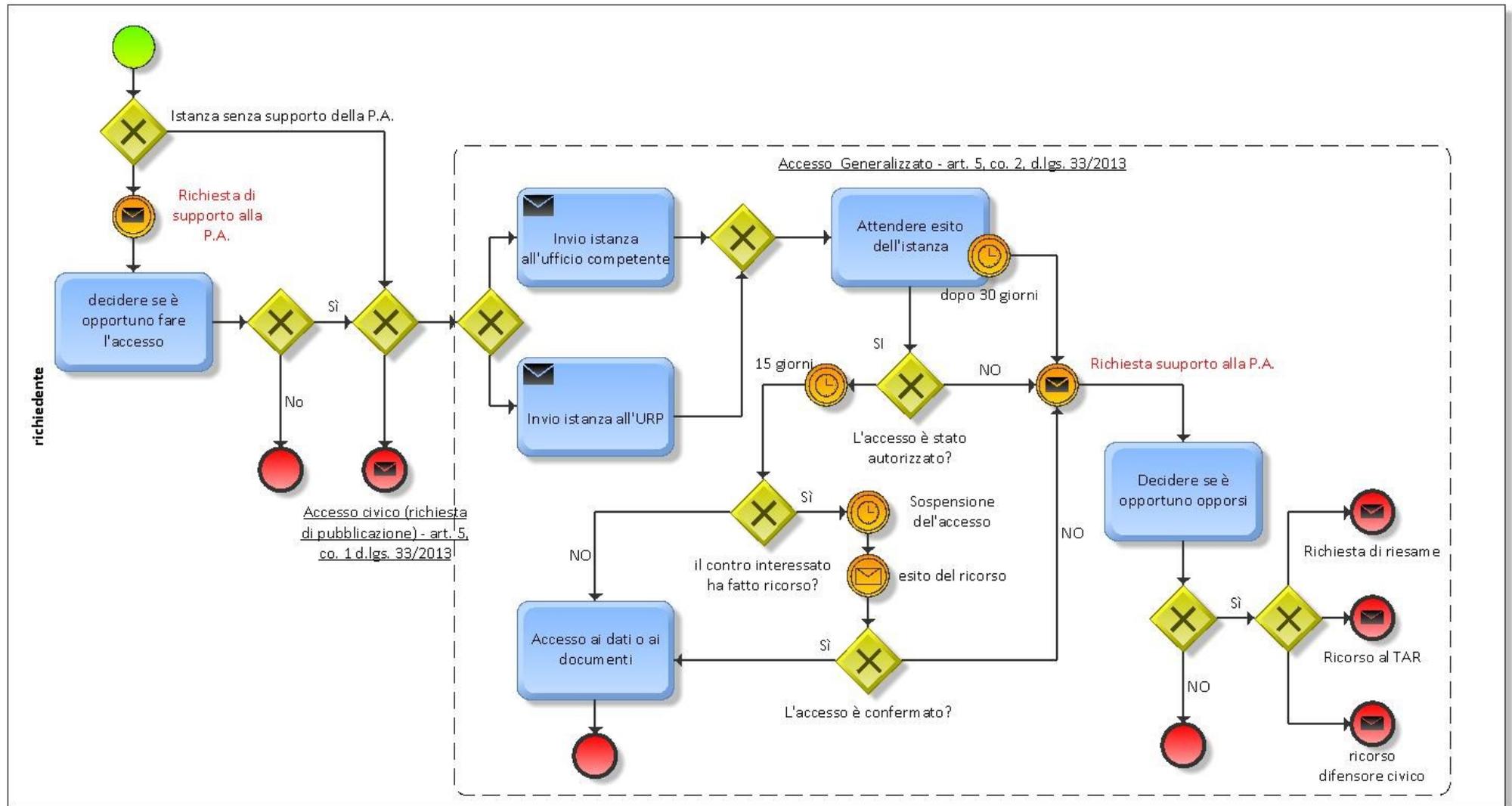
E' il secondo protagonista dell'accesso generalizzato. Il controinteressato è un soggetto (una persona fisica o giuridica), che può chiedere alla pubblica amministrazione di non dare accesso a certi dati, documenti o informazioni, per tutelare i propri interessi. L'opposizione del controinteressato non è mai assoluta, ma è relativa ad uno specifico procedimento di accesso generalizzato.

I veri protagonisti dell'accesso generalizzato sono in realtà il richiedente e l'amministrazione. Il controinteressato è un co-protagonista (qualcosa di più di una comparsa) che ha un ruolo molto limitato, infatti:

- L'esistenza del controinteressato dipende dal contenuto della richiesta di accesso, che viene deciso dal richiedente
- Il controinteressato deve essere identificato e chiamato in causa dalla pubblica amministrazione
- Il controinteressato ha 10 giorni per opporsi all'accesso, ma la legge tutela solo alcuni dei suoi interessi privati, quelli elencati nel comma 2 dell'articolo 5bis del d.lgs. 33/2013 (privacy, segretezza della corrispondenza, interessi commerciali, proprietà intellettuale/commerciale e diritto d'autore).

Anche il controinteressato, presumibilmente, non è *onnisciente* e chiederà il supporto dell'amministrazione, per capire come opporsi all'accesso e (nel caso in cui l'accesso fosse autorizzato), per capire in che modo ricorrere al RPCT, al Difensore Civico o al TAR. La figura 8 rappresenta l'accesso generalizzato con il punto di vista del controinteressato

Figura 7 - richiedente reale: richiesta di accesso generalizzato

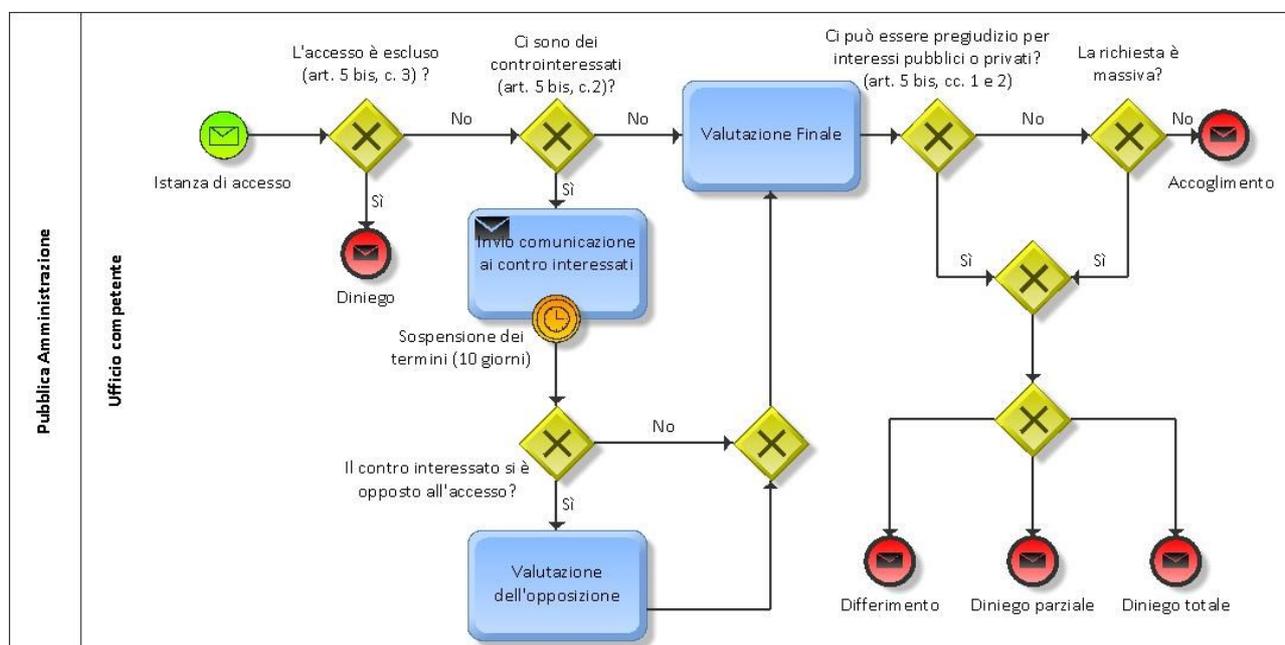


2.4 La Pubblica Amministrazione

Il procedimento di accesso generalizzato, descritto nei commi da 3 a 11 del d.lgs. 33/2013, è, sulla carta, molto lineare e fortemente vincolato. Le principali fasi del procedimento (rappresentate nella figura 9) sono i seguenti:

- Ricezione dell'istanza
- verifica dei casi di esclusione
- identificazione dei controinteressati
- invio comunicazione ai controinteressati
- valutazione dell' eventuale opposizione dei controinteressati
- valutazione finale

Figura 9 - il procedimento di accesso generalizzato come descritto nel d.lgs. 33/2013



Nella realtà dei fatti il processo di valutazione delle istanze è più complesso e la discrezionalità della pubblica amministrazione è elevata.

Come abbiamo visto in precedenza, infatti, il cittadino potrebbe non conoscere a fondo la normativa e, quindi, potrebbe inviare richieste di accesso per dati soggetti ad obbligo di pubblicazione oppure istanze generiche. Inoltre, il cittadino potrebbe presentare istanze di accesso *massive*, cioè richieste che riguardano un gran numero di dati, documenti e informazioni. Infine, il richiedente e il controinteressato possono chiedere supporto alla PA, prima di inviare istanze, opposizioni o richieste di riesame. Quindi la PA non deve solo valutare l'istanza, ma anche fornire informazioni sulla normativa; e di fatto si trova *tra l'incudine e il martello*, a mediare tra le ragioni del richiedente e le ragioni del controinteressato.

Tuttavia, l'aspetto più problematico dell'accesso generalizzato è la complessità delle valutazioni che la pubblica amministrazione deve effettuare, per capire se accogliere o negare l'accesso.

Innanzitutto, l'accesso generalizzato segue una logica inversa, rispetto a quella su cui si basa l'accesso documentale della legge 241/1990:

- nell'accesso il documento amministrativo si presume **NON ACCESSIBILE** e affinché diventi **ACCESSIBILE** il cittadino che deve dimostrare di essere titolare ad accedere al documento amministrativo (cfr. figura 10)
- nell'accesso generalizzato il documento, il dato o l'informazione si presume **ACCESSIBILE** ed è la pubblica amministrazione che deve valutare se renderlo **NON ACCESSIBILE** (cfr. figura 11)

Figura 10 - logica dell'accesso documentale (L. 241/1990)

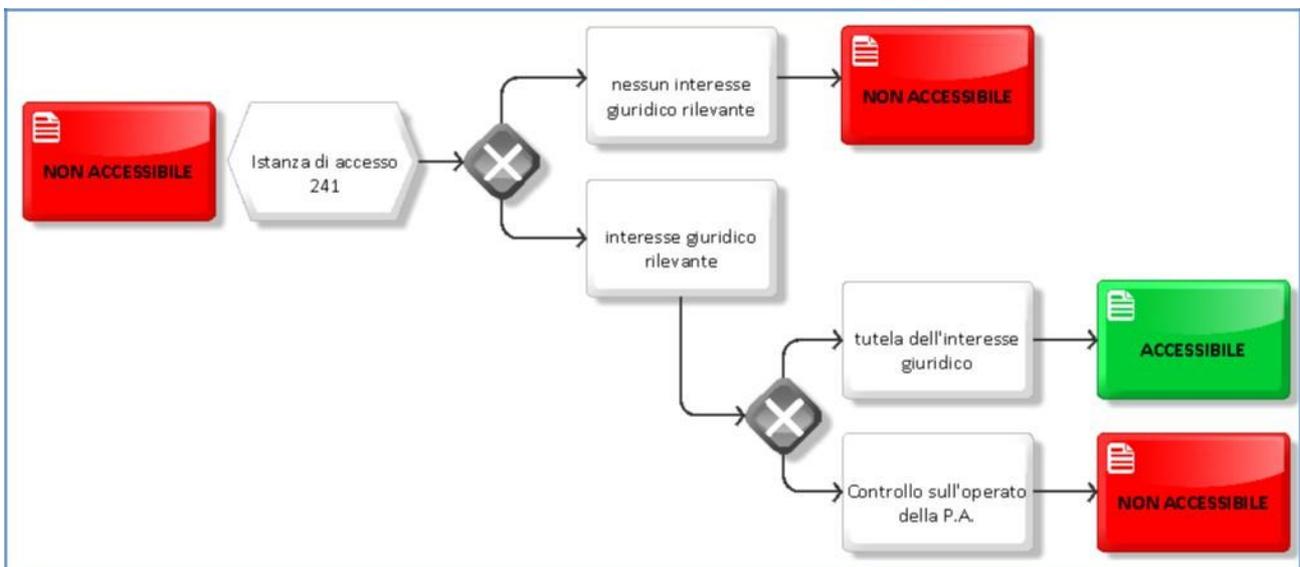


Figura 11 - logica dell'accesso generalizzato (FOIA)



Per decidere se autorizzare, negare o differire l'accesso, la pubblica amministrazione non può basarsi sulle motivazioni che hanno spinto il cittadino a presentare l'istanza di accesso. Sicuramente il cittadino potrebbe voler accedere ai dati, alle informazioni e ai documenti per diverse ragioni:

- per controllare l'attività dell'amministrazione e sull'uso delle risorse pubbliche;
- per favorire i propri interessi personali o commerciali;
- per raccogliere informazioni su un soggetto interno all'amministrazione o su un soggetto che è in relazione con l'amministrazione;
- Per curiosità personale.

Solo la prima motivazione è in linea con gli obiettivi che il legislatore si era prefissato, quando ha introdotto il FOIA nell'ordinamento italiano. Tuttavia, come chiarito dal comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. 33/2013, l'accesso generalizzato "non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente [...] e non richiede motivazione". Di conseguenza le intenzioni del richiedente non influiscono sul suo diritto alla conoscenza.

In sintesi, il processo di accesso generalizzato deve prevedere specifiche attività finalizzate a:

- Dare supporto informativo all'interessato e al controinteressato
- verificare che il richiedente non abbia sbagliato modalità di accesso
- identificare limiti ed esclusioni
- valutare l'opposizione del controinteressato
- bilanciare gli interessi del richiedente, gli interessi del controinteressato, l'interesse pubblico alla *disclosure* e gli interessi pubblici che potrebbero essere danneggiati dalla *disclosure*
- Capire se la richiesta di accesso è massiva

La figura 12 rappresenta la fase di preparazione e avvio del processo di accesso generalizzato. In questa fase è presente una attività di *consulenza al cittadino* che è extra-procedimentale, perché ricorre prima dell'avvio del procedimento (cioè prima della ricezione dell'istanza di accesso), ed una fase di *richiesta di integrazioni*. La *consulenza al cittadino* è un sotto processo (cfr. figura 13), che incorpora il *circuito della trasparenza*, nel quale si guida il richiedente a identificare chiaramente l'oggetto dell'istanza e a selezionare la modalità di accesso più adeguata.

La *consulenza al cittadino* è molto utile all'economia del processo, perché consente di ricevere istanze non generiche e coerenti con la tipologia di dati, documenti, informazioni da richiedere; e di passare subito alla fase istruttoria, senza seguire il *circuito della trasparenza* e senza dover richiedere integrazioni al cittadino. Tuttavia, come vedremo, questa attività extra-procedimentale può anche rappresentare un rischio.

La figura 14 rappresenta la fase istruttoria e conclusiva del processo di accesso generalizzato. Anche questa fase prevede una attività di *supporto al controinteressato*, che è extra-procedimentale e che ricorre prima che il controinteressato invii le proprie controdeduzioni.

Figura 12 - accesso generalizzato: preparazione e avvio

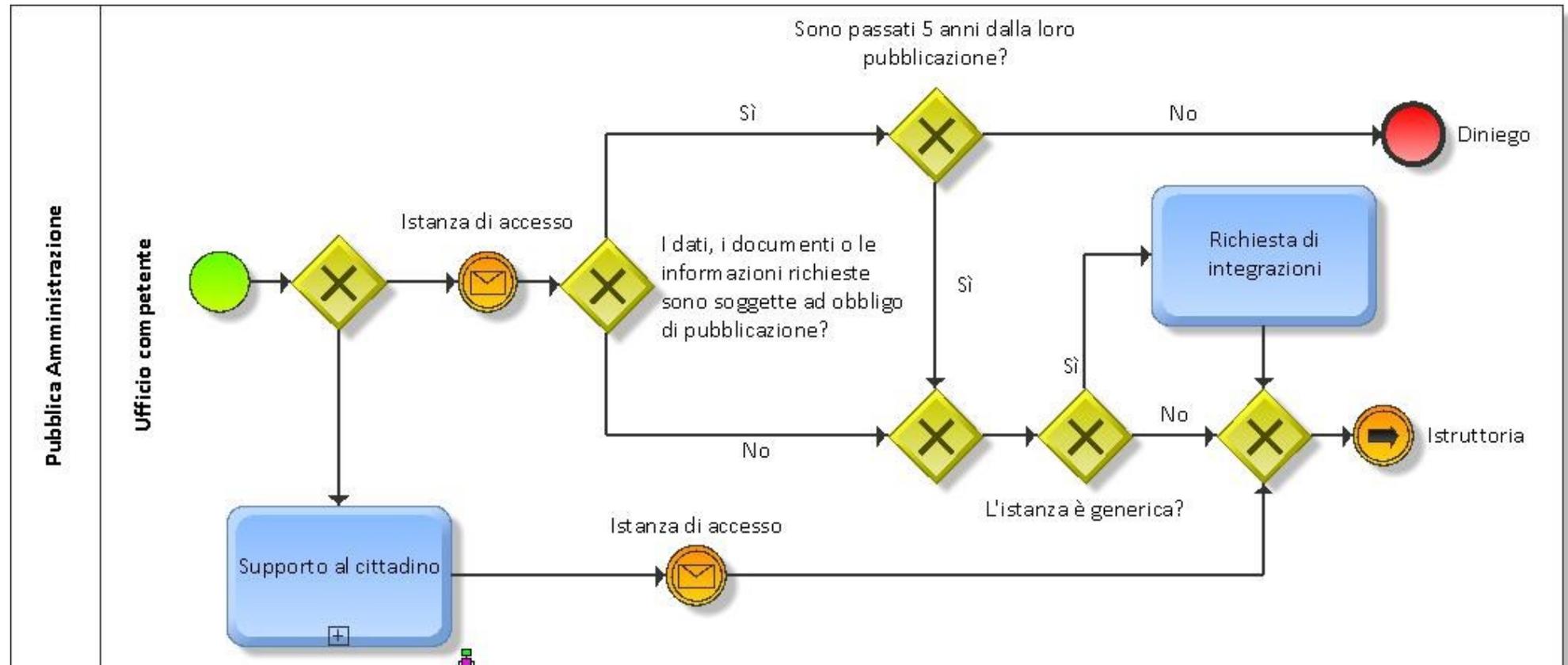
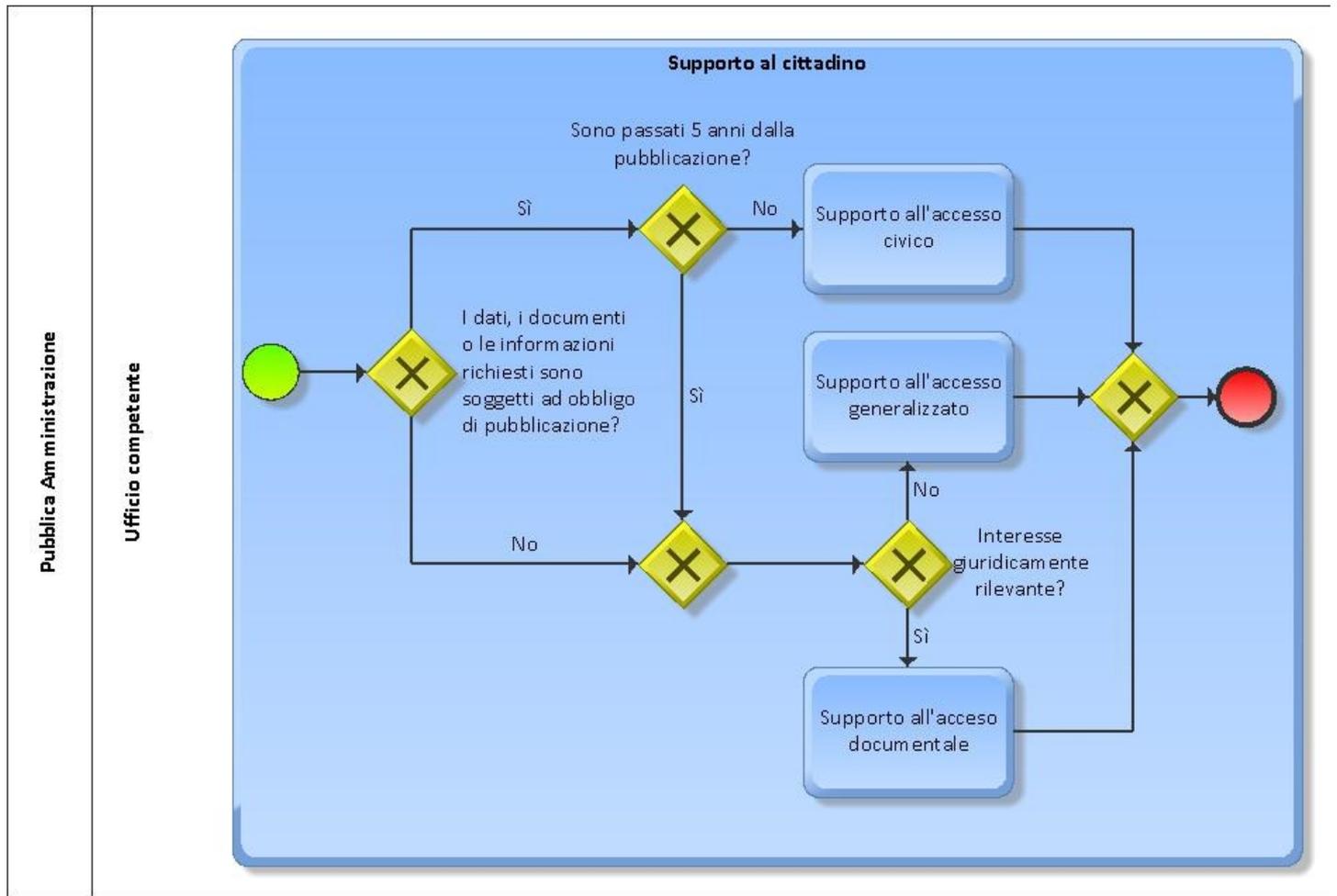


Figura 13 - Sotto-processo "supporto al cittadino"



3. La valutazione delle istanze di accesso generalizzato

La valutazione delle istanze di accesso generalizzato è il frutto di una complessa serie di considerazioni e di decisioni. L'ufficio che detiene i dati, i documenti o le informazioni deve:

- decidere se l'istanza di accesso identifica in modo preciso i dati, le informazioni o i documenti che devono essere messi a disposizione del cittadino;
- decidere se è necessario chiedere al cittadino di integrare l'istanza;
- verificare se quanto richiesto è già soggetto ad obbligo di pubblicazione;
- verificare se esistono delle esclusioni assolute all'accesso;
- verificare se la richiesta di accesso impatta su interessi pubblici o privati;
- identificare i controinteressati;
- decidere se è possibile contattare i controinteressati;
- identificare una o più situazioni concrete, in cui la diffusione dei dati, dei documenti e delle informazioni potrebbe causare un danno ad interessi pubblici o privati;
- valutare se l'interesse pubblico alla trasparenza prevale su altri interessi pubblici;
- valutare se la richiesta è massiva;
- decidere se è possibile autorizzare l'accesso ai dati, ai documenti e alle informazioni;
- Se non è possibile dare accesso, valutare se è possibile differire l'accesso;
- Se non è possibile differire l'accesso, decidere se è possibile autorizzare parzialmente l'accesso;
- se non è possibile l'accesso parziale, negare l'accesso.

La valutazione delle richieste di accesso civico è dunque una attività altamente discrezionale, che necessariamente deve essere guidata non solo dal dettato normativo e dalle Linee Guida di ANAC³, ma anche da adeguate soluzioni organizzative e da regolamenti, che devono essere adottati dalle pubbliche amministrazioni.