

Massimario delle pronunce espresse dal Difensore regionale della Lombardia negli anni 2021 e 2022

ACCESSO DEI CONSIGLIERI COMUNALI E PROVINCIALI EX ART. 43, CO. 2 TUEL

Accesso dei consiglieri comunali per richiedere le credenziali di accesso al protocollo dell'Ente

Fatto e diritto: L'istante, consigliere comunale, presenta una istanza ai sensi dell'art. 43, co. 2 TUEL al proprio Comune per richiedere l'accesso da remoto al protocollo informatico dell'Ente. A fronte del silenzio serbato dal Segretario Generale del comune e dei numerosi solleciti, l'istante ha deciso di rivolgersi al Difensore civico.

Il diritto di accesso dei consiglieri comunali attribuisce ai consiglieri comunali e provinciali il diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato.

Tale diritto è diverso e più ampio rispetto alle altre tipologie di diritto di accesso, essendo il primo connaturato al mandato dei consiglieri e finalizzato alla verifica ed al controllo del comportamento degli organi dell'Ente. L'unico limite a questo accesso è individuabile nelle istanze meramente emulative, ovvero in quelle che comporterebbero un grave aggravio di lavoro per l'Ente.³

Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale espresso in argomento, il Comune ha l'obbligo di consentire l'accesso ai dati aggregati del protocollo da parte dei consiglieri comunali, mettendo loro a disposizione una postazione a ciò finalizzata nella sede del Comune. Per quanto concerne, invece, la possibilità di accedere da remoto (salvo il periodo di forti restrizioni dovute alla situazione epidemiologica da Covid-19), la giurisprudenza si è orientata sul lasciare discrezionalità all'Ente, che dovrà bilanciare il diritto di accedere ai dati del protocollo da parte dei consiglieri con l'esigenza di tutela dei dati in esso contenuti che potrebbero essere a rischio in caso di hackeraggio del pc personale del consigliere.

Esito: Il Difensore ha invitato l'Ente a garantire l'accesso dei consiglieri ai suddetti dati presso la sede comunale, rimettendo alla sua prudente valutazione la scelta di consegnare le chiavi di accesso per consentire l'accesso anche da remoto.

ACCESSO DOCUMENTALE – VICINITAS – PERMESSO DI COSTRUIRE

Accesso agli atti di un cittadino per poter avere copia del permesso di costruire del confinante

Fatto e diritto: Il cittadino ha fatto richiesta di accesso agli atti al proprio Comune per poter avere copia del permesso di costruire del suo vicino confinante per verificarne la regolarità edilizia al fine di tutelare i suoi diritti.

Il Comune, dopo aver correttamente coinvolto nel procedimento i controinteressati - i quali si sono opposti adducendo ragioni risalenti alla tutela del diritto di riservatezza dei dati personali - ha comunicato al cittadino l'accoglimento della sua richiesta di accesso in forma parziale e circoscritta solo ad alcuni documenti, escludendo da questi alcuni atti da cui emergerebbe la conoscenza della struttura del domicilio.

In giurisprudenza è pacifico che l'accessibilità agli atti e ai documenti della pubblica amministrazione va sempre assicurata qualora sussista un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e inerente agli atti di cui si chiede copia, dovendosi ritenere sufficiente, ai fini dell'accesso, che la richiesta sia attinente a una situazione giuridica soggettiva e sia prospettato un interesse che non necessariamente deve assumere il rango dell'interesse ad una tutela giurisdizionale.

In particolar modo, nella materia di edilizia preclude l'esercizio del diniego di accesso il concetto di "*vicinitas*" dovendosi l'ente limitare a rilevare la sussistenza di un'esigenza di tutela che non sia manifestamente pretestuosa o priva di qualsivoglia nesso con il contenuto dei documenti richiesti: ai fini dell'esercizio del diritto di accesso in materia edilizia, è sufficiente il requisito della *vicinitas*, che sussiste in capo al confinante ma anche al frontista e a coloro che si trovano in una situazione di stabile collegamento con la zona in cui si trova l'edificio.

Per quanto riguarda poi il rapporto tra diritto di accesso agli atti da una parte e diritto alla riservatezza dei dati personali dall'altra, il Difensore ha fatto riferimento alla sentenza del TAR Lombardia-Brescia n.871/2020: il TAR ha, infatti, affermato che non può dirsi sussistente alcuna posizione di controinteresse rispetto alla richiesta di accesso a titoli edilizi rilasciati a terzi, in quanto si tratta di atti pubblici e come tali sottratti al regime di riservatezza (così come previsto nel TU edilizia).

La giurisprudenza, in più occasioni, ha evidenziato come al proprietario del fondo vicino a quello interessato spetti il diritto di accesso a tutti gli atti abilitativi edilizi quando si faccia valere l'interesse ad accertare il rispetto delle previsioni urbanistiche, trattandosi di posizione qualificata e differenziata, e "*non meramente emulativa o preordinata ad un controllo generalizzato dell'azione amministrativa*": in proposito il TAR ha precisato che l'amministrazione non è tenuta a verificare l'effettiva utilità dei documenti in vista della difesa delle ragioni

dell'istante né, tanto meno, la strategia difensiva dallo stesso articolata, ma solo la non manifesta inutilità della visione degli atti stessi.

Esito: alla luce di tutto quanto detto e in forza del settimo comma dell'art.24 della legge 241/90 - "*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.*" – il Difensore ha invitato l'amministrazione comunale a rilasciare la documentazione richiesta dal cittadino.

ACCESSO DOCUMENTALE - PROCEDURA CONCORSUALE – PROVE SCRITTE

Accesso agli atti di un cittadino per poter avere copia della documentazione relativa a una procedura concorsuale

Fatto e diritto: Una cittadina ha fatto richiesta di accesso agli atti a un Comune della Lombardia per poter avere copia delle prove scritte dei candidati ammessi alla prova orale di una procedura concorsuale con la motivazione di essere lei stessa candidata e presente alla prova scritta della suddetta procedura.

A seguito del perfezionamento del diniego tacito, non avendo l'ente competente risposto alla richiesta di accesso agli atti, la cittadina si è rivolta al Difensore regionale, il quale ha trasmesso una nota al Comune interessato.

Il Difensore ha rilevato che la giurisprudenza nella materia *de quo* è concorde nell'affermare che in materia di pubblici concorsi, le domande e i documenti prodotti dai candidati, i verbali, le schede di valutazione e gli stessi elaborati costituiscono documenti rispetto ai quali, salvo casi eccezionali, dev'essere esclusa l'esigenza di riservatezza a tutela dei terzi, posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza. Tali atti, quindi, una volta acquisiti alla procedura, escono dalla sfera personale dei partecipanti, sicché questi neppure assumono la veste di controinteressati in senso tecnico nel giudizio volto all'accesso agli atti della procedura concorsuale da parte di altro soggetto partecipante, fatta eccezione per effettive esigenze di tutela del titolare della sfera riservata vulnerabile, da valutarsi in concreto.

Esito: alla luce di tutto quanto detto, il Difensore ha, pertanto, invitato l'amministrazione comunale a rilasciare la documentazione richiesta dalla cittadina.

ASPETTI PROCEDURALI E TERMINI ESSENZIALI: L'ART. 25 COMMI 4 E 5 DELLA L. 241/1990

Accesso agli atti di un cittadino per poter avere copia della documentazione relativa al cambio di destinazione d'uso del proprio immobile

Fatto e diritto: L'istante ha fatto una richiesta di riesame ai sensi dell'art. 25, quarto comma, della legge 241/1990 al Difensore regionale avverso un silenzio diniego maturato dal Comune di M. a fronte di una richiesta di accesso documentale presentata un anno prima, a cui erano seguiti numerosi solleciti.

Dalla documentazione inviata all'Ufficio, risultava tuttavia che l'istanza di accesso era stata presentata al Comune 14 mesi prima rispetto all'impugnazione avverso il silenzio: il ricorso depositato presso il Difensore era stato presentato, pertanto, oltre il termine previsto dalla legge.

Tale termine sarebbe stato rispettato impugnando il "diniego tacito" (mancata risposta) entro 30 giorni dalla sua maturazione.

L'art 25 comma 4 della L.241/90 e ss modifiche, dispone che, in caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso, ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al TAR ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione: il ricorso per l'accesso agli atti deve essere promosso entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di diniego o dall'infruttuoso decorso del termine di trenta giorni dal momento della presentazione dell'istanza ostensiva (articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104).

Esito: esaminata l'istanza, il Difensore l'ha respinta eccependo l'inammissibilità del ricorso per sopravvenuta decadenza dei termini.

ACCESSO AGLI ATTI CONSIGLIERE REGIONALE - DATI RELATIVI ALLA PRESA IN CARICO DEL SERVIZIO TUTELA MINORI DI DUE AZIENDE CONSORTILI - PROFILI E GIURISPRUDENZA IN MERITO AL DIRITTO DI ACCESSO DOCUMENTALE E BILANCIAMENTO CON DIRITTO DI TUTELA DEI DATI PERSONALI

Accesso agli atti di un Consigliere regionale per poter avere una tabella di sintesi prospettica contenente i dati relativi alla presa in carico e alla chiusura della stessa del servizio Tutela Minori per gli ultimi 5 anni e per ciascun Comune di due Aziende consortili

Fatto e diritto: Un Consigliere regionale si è rivolto al Difensore civico della Regione depositando una richiesta di riesame ai sensi dell'art. 25, quarto comma, della legge 241/1990 avverso un diniego espresso di due Aziende consortili di due Comuni lombardi.

I due Enti competenti hanno rigettato le richieste, basate entrambe sulla legge 241/90, con una serie di motivazioni a tutela della privacy, indicando, al contempo, un link in cui l'istante poteva trovare i dati richiesti in forma aggregata e pubblicati annualmente sul sito online degli Enti.

Il Difensore regionale ha, innanzitutto, rilevato che la scelta da parte del Consigliere regionale di basare le proprie richieste sulla legge 241/90 e motivarle con il suo mandato elettivo non è stata normativamente efficace: come Consigliere regionale avrebbe dovuto basarsi sulla normativa prevista dal TUEL e dal Regolamento del Consiglio regionale.

Pertanto, il Difensore ha eccepito la non fondatezza della motivazione fornita, in quanto mancava un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso, così come previsto dalla legge 241/90.

Nel merito, poi, della richiesta, il Difensore ha fatto riferimento alla Delibera A.N.A.C. n.1309 del 28 dicembre 2016 che così ha statuito: *«Per quanto concerne la richiesta di informazioni, per informazioni si devono considerare la rielaborazione di dati detenuti dalle amministrazioni effettuate per propri fini contenuti in distinti documenti. Poiché la richiesta di accesso civico generalizzato riguarda i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni (art. 5, comma 2 del decreto trasparenza), resta escluso che – per rispondere a tale richiesta – l'amministrazione sia tenuta a formare o raccogliere o altrimenti procurarsi informazioni che non siano già in suo possesso. Pertanto, l'amministrazione non ha l'obbligo di rielaborare i dati ai fini dell'accesso generalizzato, ma solo a consentire l'accesso ai documenti nei quali siano contenute le informazioni già detenute e gestite dall'amministrazione stessa».*

Tutto ciò significa che l'amministrazione non è tenuta a raccogliere e rielaborare informazioni che non sono in suo possesso per rispondere ad una richiesta di accesso, ma deve limitarsi a rispondere sulla base dei documenti e delle informazioni che sono già in suo possesso: deve consentire l'accesso ai documenti, ai dati ed alle informazioni così come sono già detenuti, organizzati, gestiti e fruiti; sono ammissibili, invece, le operazioni di elaborazione che consistono nell'oscuramento dei dati personali presenti nel documento o nell'informazione richiesta, e più in generale nella loro anonimizzazione, qualora ciò sia funzionale a rendere possibile l'accesso.

Esito: visto tutto ciò, il Difensore ha invitato le due Aziende consortili a consegnare eventuali relazioni annuali o altra documentazione da cui il Consigliere regionale potesse trarre i dati che

gli interessavano e i dati in forma neutra, senza alcun modo di poter identificare i minori neanche con le iniziali, con i numeri in ingresso/in uscita, la permanenza media e quanti erano usciti per maggiore età.

ASPETTI PROCEDURALI E COMPETENZA TERRITORIALE: L'ART. 25 COMMI 4 E 5 DELLA L. 241/1990

Accesso agli atti di una cittadina per poter avere copia delle prove scritte relative a un concorso per docenti presso la Provincia di Lecco

Fatto e diritto: L'istante ha fatto una richiesta di riesame ai sensi dell'art. 25, quarto comma, della legge 241/1990 al Difensore regionale avverso un silenzio diniego maturato dalla Provincia di Lecco ad una sua richiesta di accesso agli atti.

La cittadina, in qualità di partecipante a un concorso per docenti, non essendo risultata idonea a partecipare alla prova orale, ha chiesto copia di tutte le prove scritte del concorso dei partecipanti che sono passati alla fase orale e la griglia delle valutazioni.

Il Difensore regionale, esaminata tutta la documentazione prodotta dall'istante, ha rilevato un'incompetenza territoriale.

Su questo punto, infatti, l'art.25, quarto comma, della legge 241/90 dispone che *"il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione."*

Esito: esaminata l'istanza, il Difensore ha eccepito l'incompetenza territoriale e ha trasmesso tutta la documentazione al Difensore civico provinciale della Provincia di Lecco.

ACCESSO DOCUMENTALE – CONTROINTERESSATO – D.P.R. 184/2006

Richiesta di riesame di un cittadino, nella sua qualità di controinteressato, avverso richieste di accesso di suoi colleghi.

Fatto e diritto: L'istante ha fatto una richiesta di riesame ai sensi dell'art. 25, quarto comma, della legge 241/1990 al Difensore regionale avverso una richiesta di accesso agli atti di suoi colleghi, i quali volevano avere copia delle e-mail da lui scritte al Nucleo Ittico Venatorio della Polizia Locale Città Metropolitana di Milano, presso cui lavorava, e riguardanti la loro persona.

L'istante, in base al secondo comma dell'art.3 del D.P.R. 184/2006 - *Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi* – si è opposto alla richiesta dei suoi colleghi, per la genericità delle suddette richieste e la mancanza di una motivazione, e ha chiesto all'Ente competente di non trasmettere la documentazione ai richiedenti.

Esito: il Difensore regionale, esaminata tutta la documentazione prodotta dall'istante, ha interloquito con il Nucleo Ittico Venatorio della Polizia Locale Città Metropolitana di Milano e, eccepita in effetti la genericità delle richieste di accesso agli atti e la mancanza di una motivazione, ha invitato l'Ente a non trasmettere quanto richiesto.

ACCESSO DOCUMENTALE - NOMINATIVO SEGNALAZIONE A POLIZIA LOCALE – DINIEGO PARZIALE

Accesso agli atti di una cittadina per poter avere copia della documentazione relativa a una segnalazione riguardante la sua persona

Fatto e diritto: una cittadina ha fatto richiesta di accesso agli atti al proprio Comune per poter avere copia della segnalazione che aveva originato il sopralluogo della Polizia locale presso la sua abitazione per controllare come veniva accudito il suo cane.

L'Ente ha risposto a questa richiesta trasmettendo, tuttavia, solo parte della segnalazione, composta da due fogli.

L'istante si è, quindi, recata personalmente presso il Comune per avere la documentazione completa anche del secondo foglio, su cui veniva indicato l'oggetto della nota e i destinatari, ma il Comune si è opposto.

L'istante ha, pertanto, fatto una richiesta di riesame ai sensi dell'art. 25, quarto comma, della legge 241/1990 al Difensore regionale per chiedere la documentazione completa.

Nel merito giuridico, il Difensore ha osservato che la giurisprudenza prevalente è concorde nel riconoscere al soggetto, che ne faccia richiesta, il diritto di accedere agli atti che lo interessano: infatti, colui che subisce un procedimento di controllo o ispettivo ha un interesse qualificato a conoscere integralmente tutti i documenti amministrativi utilizzati nell'esercizio del potere di vigilanza, a cominciare dagli atti di iniziativa quali, denunce, segnalazioni o esposti - documenti suscettibili per il loro particolare contenuto probatorio di concorrere all'accertamento di fatti pregiudizievoli per il denunciato.

Esito: alla luce di tutto quanto detto, il Difensore ha invitato l'amministrazione comunale a rilasciare la documentazione completa richiesta dalla cittadina, documentazione che è stata poi rilasciata.

ACCESSO DOCUMENTALE - COSTI RIPRODUZIONE – FORMATO DIGITALE

Richiesta di riesame di un cittadino in merito al costo di riproduzione di copie di documenti da lui richiesti in formato digitale e non cartaceo

Fatto e diritto: L'istante ha fatto una richiesta di riesame ai sensi dell'art. 25, quarto comma, della legge 241/1990 al Difensore regionale riguardante un quesito da lui posto al Comune di Milano circa una sua richiesta di accesso agli atti per cui ha pagato la somma, a lui richiesta, di euro 73,40 "per costi di riproduzione pari a euro 0,20 per ogni facciata".

Il punto in questione è che le copie da lui richieste sono state trasmesse in modalità digitale al suo indirizzo PEC e non cartacea.

Esito: il Difensore regionale, esaminata tutta la documentazione prodotta dall'istante e verificato il Regolamento del Comune di Milano, ha interloquito con il suddetto chiedendo maggiori spiegazioni e, in caso, la restituzione dell'importo non dovuto.

L'Ente ha risposto comunicando che l'evasione dell'istanza di accesso agli atti ha avuto ad oggetto documenti in prevalenza cartacei, in parte nativi digitali, e in ogni caso appartenenti all'archivio corrente. Per l'effetto, i costi oggetto di richiesta di rimborso, individuati nel rispetto del Regolamento Comunale per la disciplina di accesso ai documenti amministrativi, approvato con delibera del Consiglio Comunale n. 36 del 7 settembre 2010, sono stati imputati esclusivamente ai costi di riproduzione per la scansione dei documenti nativi cartacei e sottoscritti non digitalmente.

ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO - DATI CLINICI

Accesso agli atti di un cittadino lombardo per poter avere una serie di dati clinici.

Fatto e diritto: L'istante ha fatto una richiesta di riesame ai sensi dell'art. 5 comma 8 del D.Lgs. 33/2013 al Difensore regionale riguardante una sua richiesta di accesso civico generalizzato per poter avere i dati clinici riguardanti l'attività lavorativa di alcuni Dottori che lavorano presso il CPS di un Comune lombardo.

Non avendo ricevuto alcuna risposta a questa sua richiesta, il cittadino si è rivolto all'Ufficio del Difensore regionale della Lombardia.

Esito: il Difensore regionale - dopo aver rammentato che con la richiesta di accesso generalizzato possono essere richiesti i documenti, dati e informazioni in possesso dell'amministrazione e che, tuttavia, l'Ente non è tenuto a raccogliere informazioni che non sono in suo possesso per rispondere ad una richiesta di accesso generalizzato, ma deve limitarsi a rispondere sulla base dei documenti e delle informazioni che sono già in suo possesso e che l'Ente non è tenuto a rielaborare informazioni o dati in suo possesso, per rispondere ad una richiesta di accesso generalizzato, dovendo consentire l'accesso ai documenti, ai soli dati ed alle informazioni così come sono già detenuti, organizzati, gestiti e fruiti – ha invitato l'Ente competente a fornire i dati in suo possesso.