



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1778 del 2017, proposto da:
Riccardo Roccasalva, rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Roccasalva
Capasso, Francesco Melone, con domicilio eletto presso lo studio Benito Aleni in
Napoli, c.so V. Emanuele, n. 115;

contro

Sviluppo Campania S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dall'avvocato Emilio Ferraro, con domicilio eletto presso il suo studio in
Salerno, corso G. Garibaldi, n. 31;

e con l'intervento di

Alfredo Ibello, rappresentato e difeso dall'avvocato Arturo Massimo, con
domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Guglielmo Melisurgo, n. 4;

per l'annullamento

del diniego dell'istanza di accesso civico generalizzato proposta ai sensi dell'art. 5
comma 2 del d. lgs. 33/2013.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alfredo Ibello e di Sviluppo Campania S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 la dott.ssa Anna Corrado e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Espone il ricorrente che, con istanza protocollata in data 17.2.2017, ha chiesto alla società resistente di acquisire documenti ed informazioni concernenti la presenza sul luogo di lavoro - nel periodo compreso tra l'1.1.2017 e la data della istanza (17.2.2017) - del dott. Ibello Alfredo, impiegato direttivo con contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato presso la società Sviluppo Campania Spa, partecipata pubblica assoggettata alla direzione e al controllo della Regione Campania (Socio Unico).

Dall'istanza di accesso in atti risulta che il ricorrente ha, in particolare, chiesto alla detta società di accedere ai dati ed ai fogli di presenza e/o a corrispondenti strumenti, anche informatici, di rilevazione delle presenze sul luogo di lavoro, in quanto atti pubblici, riferiti al dott. Ibello Alfredo nel suddetto arco temporale.

La richiesta di accesso è stata formulata ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 14 marzo 2013, come modificato ed integrato dal d.lgs. 97/2016.

Con il provvedimento, in questa sede impugnato, del 24.3.2017, prot. 02186/U, la società Sviluppo Campania S.p.a., in persona del Responsabile della Trasparenza,

ha negato l'accesso richiesto, sulla scorta della opposizione espressa dal controinteressato.

Avverso il detto provvedimento il ricorrente propone ricorso deducendo:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 7, del d.lgs.33/2013 e ss.mm.ii. – artt. 24 e 97 della Costituzione – eccesso di potere - violazione del diritto di difesa e del giusto procedimento amministrativo in quanto l'istanza è stata evasa direttamente dal Responsabile per la Trasparenza dell'Ente, organo quest'ultimo che, in ragione di quanto chiaramente previsto dalla legge di riferimento, avrebbe dovuto essere destinatario della eventuale richiesta di riesame. In tale prospettiva, l'odierno ricorrente, per effetto di detta violazione del procedimento, si sarebbe visto privare della possibilità di chiedere il riesame del diniego alla propria istanza, nonché (eventualmente e nel caso in cui il diniego si fosse basato su esigenze di protezione dei dati personali) di conseguire il parere del Garante per la protezione dei dati personali per come previsto dall'art. 5, comma 7;

- violazione degli artt. 5 e 5 bis e 16 della d. lgs. 33/2013 – violazione dell'art. 3 della l. 241/1990 – violazione degli artt. 24 e 97 della Costituzione - eccesso di potere – inesistenza della motivazione – violazione del diritto di difesa del cittadino e del principio di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa. Espone il ricorrente che ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. 33/2013, ogni pubblica amministrazione (alla quale deve essere assimilata una società in controllo pubblico) deve pubblicare “i dati relativi alla dotazione organica e al personale effettivamente in servizio”, dati questi che sul sito della società resistente non risultano pubblicati.

Infine, il ricorrente lamenta che l'atto impugnato risulta carente di motivazione, fondandosi la decisione dell'amministrazione solo sull'opposizione all'ostensione dei dati espressa dal controinteressato; né dalla stessa si evincerebbero le ragioni

del diniego dell'ente finalizzato a tutelare i dati personali che potevano emergere dagli atti e che la società avrebbe potuto comunque oscurare.

Si è costituita in giudizio Sviluppo Campania affermando la infondatezza del ricorso atteso che l'istanza di accesso del ricorrente, contrariamente allo spirito della norma in tema di accesso civico generalizzato, punta ad acquisire dati che riguardano un singolo soggetto e cioè un determinato dipendente della società.

Per quanto concerne poi la violazione del procedimento per aver provveduto direttamente sulla stessa il Responsabile della trasparenza, l'Ente resistente invoca l'applicazione dell'art. 21 octies della legge 241/1990 in ragione della natura vincolata del provvedimento che non poteva portare a un atto diverso da quello in concreto adottato, trattandosi di istanza tesa non ad esercitare un "controllo diffuso" nello spirito della norma ma ad accedere a dati personali di un soggetto determinato. Contesta ancora l'applicabilità dell'art. 16 del d. lgs. 33/2013 e quindi l'obbligo per l'ente di pubblicare i dati afferenti la presenza/assenza in servizio del personale non dirigenziale.

Infine, la difesa dell'ente afferma che l'atto impugnato non sarebbe affetto dal dedotto difetto di motivazione considerato che il diniego del controinteressato è motivato su ragioni di riservatezza, atteso che i dati sulle assenze dal servizio potrebbero contenere dati sensibili e personali.

Si è costituito in giudizio anche il controinteressato dando conto in primo luogo dell'esistenza di un pregresso contenzioso nei confronti del ricorrente relativamente alla nomina a dirigente a tempo determinato del dott. Ibello presso il Comune di Ercolano, rispetto alla quale questione è stato anche proposto ricorso davanti a questo Tribunale amministrativo, definito in rito con sentenza n. 5450 del 24 novembre 2016 per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Per quanto concerne la presente controversia il controinteressato contesta, poi, la possibilità del ricorrente di conoscere i dati richiesti tenuto conto che si tratterebbe

di dati riguardanti una persona fisica, non necessari per il raggiungimento dello scopo che intende perseguire la norma di cui all'art. 5, comma 2, del d. lgs. 33/2013. Inoltre afferma che verrebbe in evidenza una della ipotesi di preclusione al "diritto di conoscere" di cui all'art. 5 bis, commi 1 e 2 del d. lgs. 33/2013 con riguardo, in particolare, alla "*protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia*" considerato che il foglio presenze richiesto conterrebbe dati sensibili e personali non ostensibili a terzi (es. malattia, aspettativa, ferie). Infine, ritiene il controinteressato che il diniego opposto sarebbe motivato *per relationem* in quanto l'ente avrebbe fatto proprie le ragioni espresse in sede di opposizione dal controinteressato.

Con memoria del 13 ottobre 2017 il ricorrente oltre a ribadire le motivazioni già espresse in ricorso ha fatto presente che sussisterebbe anche l'interesse giuridicamente rilevante a conoscere i dati richiesti in ragione del contenzioso in atto con il Comune di Ercolano (R.G. 6400/2017) innanzi al Tribunale di Napoli, Sez. Lavoro, in relazione alla nomina a dirigente del dott. Ibello.

Alla camera di consiglio del 25 ottobre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso va accolto siccome fondato nei termini che di seguito saranno esplicitati.

Il ricorrente con istanza di accesso presentata ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d. lgs. 33/2013 ha chiesto di accedere "*ai dati e ai fogli di presenza (i quali costituiscono atti pubblici) e/o i corrispondenti strumenti, anche informatici, di rilevazione delle presenze sul luogo di lavoro, del dott. Ibello Alfredo...*" per il periodo dal 1° gennaio 2017 al 17 febbraio 2017.

Il Responsabile della Trasparenza dell'Ente ha ritenuto l'istanza non accoglibile esclusivamente "*per opposizione del controinteressato*".

Prima ancora di esaminare i motivi di ricorso e le questioni poste dalle parti costituite appare opportuno al Collegio richiamare la disciplina applicabile alla

presente fattispecie, connotata certamente da rilevanti profili di novità trattandosi di questione in tema di c.d. accesso civico generalizzato, istituto entrato in vigore nel nostro ordinamento solo il 23 dicembre 2016.

L'accesso civico generalizzato è oggi un importante strumento chiaramente finalizzato a realizzare la trasparenza amministrativa e cioè la comprensibilità e la conoscibilità, dall'esterno, dell'attività amministrativa, in particolare da parte dei cittadini; comprensibilità e conoscibilità finalizzate, in particolare, a realizzare imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e a far comprendere le scelte rivolte alla cura dell'interesse pubblico.

Dal punto di vista normativo, sin dai tempi della legge n. 241 del 1990, la trasparenza si è posta, come un valore-chiave, in grado di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa, anche se la trasparenza è stata inclusa espressamente tra i principi generali che regolano l'attività amministrativa solo a partire dalla l. 15 del 2005, con la modifica recata in tal senso all'art. 1 l. n. 241/1990.

La l. n. 241/1990 per anni è stata considerata, comunque, come la “fonte” unica della regola generale della trasparenza amministrativa: sia perché consentiva di conoscere i documenti e gli atti adottati nell'esercizio dell'attività amministrativa mediante il riconoscimento del diritto all'accesso documentale, sia perché introduceva norme improntate alla trasparenza (in tema di partecipazione procedimentale dei privati e di obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi).

Sulla scia dei concetti introdotti dal d.lgs. n. 150 del 2009 in materia di trasparenza e in attuazione della delega recata dall'art. 1, commi 35 e 36 della l. 28 novembre 2012, n. 190, in tema di “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”, è stato adottato il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (da ora anche decreto trasparenza), come modificato dal d.

lgs. 97/2016, che ha operato una importante estensione dei confini della trasparenza intesa oggi come “*accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all’attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*”.

L’ampio diritto all’informazione e alla trasparenza dell’attività delle amministrazioni di cui al decreto 33/2013 resta temperato solo dalla necessità di garantire le esigenze di riservatezza, di segretezza e di tutela di determinati interessi pubblici e privati (come elencati nell’art. 5 bis del d. lgs. 33/2013) che diventano l’eccezione alla regola, alla stregua degli ordinamenti caratterizzati dal sistema FOIA, (l’acronimo deriva dal *Freedom of Information Act*, e cioè la legge sulla libertà di informazione adottata negli Stati Uniti il 4 luglio 1966).

Va ancora ricordato in via preliminare che, nonostante alcuni punti di contatto di tipo “testuale” tra la disciplina in tema di accesso ai documenti e quella riferita all’accesso civico generalizzato, questo si pone su un piano diverso rispetto all’accesso documentale, caratterizzato, quest’ultimo, da un rapporto qualificato del richiedente con i documenti che si intendono conoscere, derivante proprio dalla titolarità in capo al soggetto richiedente di una posizione giuridica qualificata tutelata dall’ordinamento.

La disciplina dell’accesso civico generalizzato (art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013), quale appunto ulteriore strumento di trasparenza dell’azione amministrativa, si aggiunge, nel nostro ordinamento, a quella che prevede gli obblighi di pubblicazione (articoli da 12 e ss. del d.lgs. n. 33 del 2013) e alla più risalente disciplina di cui agli articoli 22 e ss. della l. n. 241/1990 in tema di accesso ai documenti.

Con il d.lgs. n. 33 del 2013, infatti, viene assicurata ai cittadini la possibilità di conoscere l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni anche

attraverso l'obbligo a queste imposto di pubblicare sui siti istituzionali, nella sezione denominata "Amministrazione trasparente", i documenti, i dati e le informazioni concernenti le scelte amministrative operate (artt. 12 e ss.), ad esclusione dei documenti per i quali è esclusa la pubblicazione, in base a norme specifiche ovvero per ragioni di segretezza, secondo quanto indicato nello stesso decreto.

L'accesso civico generalizzato è stato introdotto in Italia sulla base della delega di cui all'art. 7, comma 1, lett. h) della cd. Legge Madia, ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 che ha novellato l'art. 5 del citato decreto sulla trasparenza.

Il decreto 33/2013 non introduce una distinzione o una diversa denominazione tra le due tipologie di "accesso civico" che attualmente si rinvencono nel nostro ordinamento, per come individuate al comma 1 e al comma 2, del menzionato art. 5, per cui tenendo anche conto della distinzione operata con le linee guida dell'Anac in materia di accesso civico (Deliberazione n. 1309 del 28 dicembre 2016, recante indicazioni operative e le esclusioni e i limiti all'accesso civico generalizzato, adottata dall'ANAC d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata in base all'art. 5 bis, comma 6 del decreto trasparenza) ci si riferisce all'accesso civico "semplice", con riguardo all'accesso del cittadino rivolto ad ottenere la pubblicazione obbligatoria nella sezione "Amministrazione trasparente" di dati e documenti e all'accesso civico generalizzato con riferimento all'accesso inteso a conoscere documenti "ulteriori" rispetto a quelli da pubblicare.

Alla luce del dettato normativo, si comprende bene la rilevante differenza che esiste tra accesso ai documenti e accesso civico che, pur condividendo lo stesso tipo di tutela processuale, non possono considerarsi sovrapponibili: il primo è strumentale alla tutela degli interessi individuali di un soggetto che si trova in una posizione differenziata rispetto agli altri cittadini, in ragione della quale ha il diritto

di conoscere e di avere copia di un documento amministrativo, il secondo è azionabile da chiunque, senza la previa dimostrazione della sussistenza di un interesse attuale e concreto per la tutela di situazioni rilevanti, senza dover motivare la richiesta e con la sola finalità di consentire una pubblicità diffusa e integrale dei dati che sono considerati dalle norme come pubblici e quindi conoscibili.

Con particolare riguardo all'accesso civico generalizzato, poi, l'art. 5, comma 2 del decreto 33/2013 prevede che i cittadini possono accedere a dati e documenti (detenuti dalle Amministrazioni) "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati individuati all'art. 5 bis del decreto, conoscenza che deve servire a *"favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico"*.

Tale controllo è, quindi, funzionale a consentire la partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico e finalizzato ad assicurare un diritto a conoscere in piena libertà, anche dati "ulteriori" e cioè diversi da quelli pubblicati, naturalmente senza travalicare i limiti previsti dal legislatore e posti a tutela di eventuali interessi pubblici o privati che potrebbero confliggere con la volontà di conoscere espressa dal cittadino.

Non può non rimarcarsi, infine, che mentre la legge 241/1990 esclude espressamente l'utilizzabilità del diritto di accesso per sottoporre l'amministrazione a un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato è riconosciuto proprio *«allo 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»*.

Dalle menzionate linee guida dell'Anac si legge che *"tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento"*

caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni?''.

Per quanto concerne la procedura delineata dall'art. 5 del d. lgs. 33/2013, che deve essere richiamata in questa sede in ragione dei motivi di ricorso che evidenziano la violazione della stessa, nel corso dell'iter procedimentale in concreto seguito dall'Ente, la norma prevede che:

- il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati;
- il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'articolo 5-bis;
- nei casi di diniego parziale o totale all'accesso o in caso di mancata risposta allo scadere del termine per provvedere, contrariamente a quanto dispone la legge 241/1990, non si forma silenzio rigetto, ma il cittadino può attivare la speciale tutela amministrativa interna davanti al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (soggetto individuato in base all'art. 1, comma 7 della L. 190/2012, come modificato dal d. lgs. 97/2016) formulando istanza di riesame, rispetto alla quale il Responsabile adotta un provvedimento motivato entro il termine di venti giorni;
- se l'accesso è stato negato o differito per tutelare dati personali il suddetto Responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta.

Per quanto concerne poi i limiti, l'art. 5 bis del decreto 33/2013 prevede che l'accesso civico generalizzato è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici di cui al comma 1 e di uno dei seguenti interessi privati di cui al comma 2:

- “ a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;*
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;*
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali”.*

La norma prosegue prevedendo che se i limiti (relativi agli interessi pubblici e privati da tutelare) riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti.

Per meglio comprendere il quadro normativo di riferimento non possono non considerarsi in questa sede anche le menzionate Linee Guida dell'Anac n. 1309/2016 contenenti indicazioni operative per i soggetti destinatari di richieste di accesso generalizzato, con particolare riguardo all'attività di valutazione delle istanze da decidere tenendo conto dello spirito della norma, della necessità di motivare adeguatamente gli eventuali dinieghi e della protezione da assicurare in caso di coinvolgimento di dati personali.

Come già chiarito sopra la regola della generale accessibilità è temperata dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla diffusione generalizzata di talune informazioni. Le eccezioni previste dall'art. 5 bis sono state classificate in assolute e in relative, al ricorrere delle quali le amministrazioni devono o possono rifiutare l'accesso.

Le eccezioni assolute sono quelle di cui all'art. 5 bis, comma 3 del decreto (che non vengono in rilievo in questa sede) mentre quelle relative sono previste ai commi 1 e 2 del medesimo articolo. Nel caso delle eccezioni relative l'Anac ha chiarito nelle Linee Guida che *“Il legislatore non opera, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e*

preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento. L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore.

Affinché l'accesso possa essere rifiutato, il pregiudizio agli interessi considerati dai commi 1 e 2 deve essere concreto quindi deve sussistere un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio. L'amministrazione, in altre parole, non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà:

- a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all'art. 5 bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato;*
- b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell'informazione richiesta;*
- c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile.”*

.....L'amministrazione è tenuta quindi a privilegiare la scelta che, pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, sia la più favorevole al diritto di accesso del richiedente. Il principio di proporzionalità, infatti, esige che le deroghe non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito (cfr. sul punto CGUE, 15 maggio 1986, causa C- 222/84; Tribunale Prima Sezione ampliata 13 aprile 2005 causa T 2/03)” (cfr. delibera Anac 1309/2016, pag. 11).

Con riferimento alle istanze di accesso generalizzato aventi a oggetto dati e documenti relativi a (o contenenti) dati personali, sempre secondo le citate linee guida, “l'ente destinatario dell'istanza deve valutare, nel fornire riscontro motivato a richieste di accesso generalizzato, se la conoscenza da parte di chiunque del dato personale richiesto arreca (o

possa arrecare) un pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali, in conformità alla disciplina legislativa in materia...

In tale contesto, devono essere tenute in considerazione le motivazioni addotte dal soggetto controinteressato, che deve essere obbligatoriamente interpellato dall'ente destinatario della richiesta di accesso generalizzato, ai sensi dell'art. 5, comma 5, del d. lgs. n. 33/2013. Tali motivazioni costituiscono un indice della sussistenza di un pregiudizio concreto, la cui valutazione però spetta all'ente e va condotta anche in caso di silenzio del controinteressato....”.

Le linee guida ricordano, infine, per quanto di interesse in questa sede che “ *le comunicazioni di dati personali nell'ambito del procedimento di accesso generalizzato non devono determinare un'interferenza ingiustificata e sproporzionata nei diritti e libertà delle persone cui si riferiscono tali dati ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della giurisprudenza europea in materia.*

Il richiamo espresso alla disciplina legislativa sulla protezione dei dati personali da parte dell'art. 5-bis, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 33/2013 comporta, quindi, che nella valutazione del pregiudizio concreto, si faccia, altresì, riferimento ai principi generali sul trattamento e, in particolare, a 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....”.

Alla luce di tale contesto normativo e in ragione della novità che segna la presente controversia che impone a questo giudice di verificare l'ampiezza “effettiva e concreta” del diritto a conoscere del cittadino per come voluto dal legislatore con la riforma della trasparenza amministrativa del 2016, appare opportuno esaminare la fattispecie partendo dalle censure in tema di violazioni procedurali e di difetto di motivazione alla luce delle difese delle parti resistenti, e ciò anche al fine di poter decidere in merito alla richiesta di accertamento del diritto a conoscere

inoltrata a questo giudice dal ricorrente e al conseguente ordine da impartire all'amministrazione di dare ostensione agli atti richiesti.

Va in primo luogo rilevato che sussiste il lamentato vizio di violazione dell'art. 5, comma 7 nella parte in cui prevede che in caso di diniego totale o parziale dell'accesso il richiedente *“può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza”* (da ora anche RPCT). Tale procedura come è evidente si discosta sia dalla norma che disciplina l'accesso ai documenti che non prevede una procedura di tutela amministrativa interna con la possibilità di chiedere il riesame a un altro soggetto appartenente alla stessa amministrazione, sia dalla disciplina in tema di obblighi di pubblicazione per i quali è espressamente previsto dall'art. 5, comma 3, lettera d) che l'istanza vada inoltrata, già in prima battuta, direttamente al RPCT e non come per l'accesso generalizzato all'Ufficio che detiene i dati, o all'URP o ad altro ufficio indicato discrezionalmente dall'amministrazione sul sito istituzionale (art. 5, co. 3, lettere a), b) e c).

Tale scelta si spiega in primo luogo perché, contrariamente a quanto previsto nella disciplina sull'accesso ai documenti, a fronte del silenzio dell'amministrazione non si realizza una fattispecie di silenzio significativo di segno negativo (silenzio rigetto); l'art. 5 del decreto trasparenza impone, infatti, l'obbligo all'amministrazione di pronunciarsi con provvedimento espresso e motivato, per cui l'eventuale “silenzio” rappresenta “mera inerzia”, una ipotesi di silenzio inadempimento che obbliga, quindi, il cittadino a rivolgersi al giudice amministrativo attivando il rito sul silenzio ex art. 117 c.p.a. (e successivamente, in caso di diniego espresso ai dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a.).

Per consentire al cittadino di avere una risposta chiara e motivata e per offrire allo stesso una opportunità di tutela più rapida e poco dispendiosa, il legislatore, avendo come obiettivo la partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, ha

previsto, per l'accesso civico generalizzato, anche il riesame "interno" (nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta), a mezzo dell'intervento di un soggetto, il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che svolge un ruolo fondamentale nell'ambito della disciplina di prevenzione della corruzione e nell'attuazione delle relative misure, non potendo tralasciarsi di considerare che la trasparenza amministrativa che si realizza anche attraverso lo strumento dell'accesso civico generalizzato rappresenta una delle misure più importanti di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.

La norma prevede, inoltre, che in sede di riesame il Responsabile, se l'accesso è stato negato o differito per tutelare dati personali "*provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta*".

Nel caso che qui interessa non può non rilevarsi, in conclusione, la violazione della disciplina indicata risultando la decisione sull'istanza di accesso del ricorrente, direttamente adottata dal Responsabile della trasparenza e senza neanche l'eventuale coinvolgimento del Garante per la protezione dei dati personali.

Non pertinente appare, quindi, alla luce della speciale procedura prevista dall'art. 5 invocare l'applicazione dell'art. 21 octies comma 2, primo periodo della legge 241/1990 come fa l'ente resistente secondo cui, trattandosi di atto di natura vincolata, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La vincolatività dell'atto a contenuto negativo deriverebbe, secondo la difesa dell'ente, dalla circostanza che si trattava di richiesta afferente a "dati personali", non rivolta ad esercitare un "controllo diffuso" sull'operato della P.A.

Deve infatti osservarsi che il limite della tutela del dato personale non è un limite assoluto, quindi la conoscenza dello stesso non è esclusa in via definitiva ma la norma prevede che l'accesso vada negato se l'ostensione dei dati o documenti

richiesta possa comportare “un pregiudizio concreto” alla tutela della protezione dei dati personali.

Ciò vuol dire che la Società resistente, come esplicitato nelle linee guida ANAC (del. 1309/2016) richiamate nella memoria difensiva dallo stesso Ente, avrebbe dovuto effettuare una attività valutativa con la tecnica del bilanciamento, ponderando gli interessi in gioco tra l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata e la tutela dei dati personali che possono venire in evidenza. Poiché il legislatore con riguardo ai limiti da salvaguardare di cui all'art. 5 bis, commi 1 e 2, fa riferimento al pregiudizio “concreto” che deve rinvenirsi, l'amministrazione avrebbe dovuto indicare il pregiudizio che l'ostensione del solo dato della presenza al lavoro del controinteressato avrebbe comportato, anticipando fin da ora che l'amministrazione avrebbe potuto/dovuto oscurare ogni altro riferimento alle ragioni delle eventuali assenze dal lavoro.

Va, infatti, tenuto conto che il ricorrente ha chiesto di accedere “ai dati e ai fogli di presenza (i quali costituiscono atti pubblici) e/o i corrispondenti strumenti, anche informatici, di rilevazione delle presenze sul luogo di lavoro, del dott. Ibello Alfredo....” per il periodo dal 1° gennaio 2017 al 17 febbraio 2017.

Considerando gli interessi in gioco e cioè il diritto a conoscere se un dipendente di una società in controllo pubblico (assimilata a una pubblica amministrazione ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di prevenzione della corruzione e della trasparenza a norma dell'art. 2 bis del d. lgs. 33/2013) e costituita con soldi pubblici, sia semplicemente presente al lavoro in un determinato periodo e il diritto del controinteressato a che non sia rivelata la presenza perché afferente a un dato personale, appare certamente prevalente il diritto a conoscere del richiedente tenuto anche conto che, come dichiarato dallo stesso ricorrente, l'amministrazione nel fornire tale dato generico avrebbe potuto omettere tutte le informazioni che

emergessero dai documenti di presenza impattanti con il diritto alla riservatezza del controinteressato, quali per esempio l'astensione dal lavoro per malattia.

Ad avviso del Collegio, infatti, la documentazione dalla quale emergono i rilevamenti delle presenze del personale in servizio rientra proprio nell'ambito della possibilità di controllo sul perseguimento da parte di un dato ente delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo da parte di questo delle risorse pubbliche, finalizzato alla partecipazione al dibattito pubblico; in concreto si hanno in gioco, da una parte, l'interesse a conoscere se un dipendente della società è stato semplicemente assente o presente in un determinato periodo, senza fornire altre informazioni, in quanto rientrante nell'ambito del sinallagma che deriva dal rapporto di lavoro, dall'altra l'esigenza di non dare questa informazione perché di carattere personale in quanto afferente a un soggetto specificamente individuato.

Tralasciando la circostanza per cui, in ragione dell'oggetto del ricorso pendente davanti ad altro giudice, a cui si fa riferimento nella memoria del 13 ottobre 2017, il ricorrente avrebbe potuto proporre anche istanza di accesso documentale ex legge 241/1990, non si comprende dalla assai stringata risposta dell'amministrazione in che termini questa informazione, possa risultare, alla luce della disciplina recata dal Codice della privacy (d. lgs. 196/2003) lesiva per l'immagine del controinteressato ovvero ledere la sfera di riservatezza di questi, atteso peraltro che il relativo rapporto di lavoro risulta instaurato con un soggetto le cui disponibilità finanziarie sono pubbliche donde la sussistenza in capo al dipendente di obblighi e doveri, fermo restando che rimane ben distinto il controllo che solo l'Ente può svolgere relativamente alla validità delle ragioni di astensione dal lavoro dal "controllo" previsto dalla legge sull'accesso generalizzato che giammai legittimerebbe il "*quisque de populo*" a sostituirsi alla stessa amministrazione.

Se, infatti, come si è detto sopra la valutazione in merito all'istanza di accesso deve essere fatta in concreto da parte dell'amministrazione competente e che vengono qui in gioco dati personali che non costituiscono una limitazione assoluta, non si comprende in che modo il dato richiesto se diffuso all'esterno (che comunque andrebbe utilizzato dal richiedente nel rispetto del Codice della privacy) potrà ledere le libertà fondamentali dell'interessato, la sua dignità, la riservatezza, l'immagine e la reputazione o ancora esporlo a pericoli mentre diventa necessaria, nello spirito della riforma sulla trasparenza, la conoscenza del dato preciso ed esclusivo al fine di verificare se il soggetto dal 1 gennaio al 17 febbraio 2017 è stato presente presso la società di appartenenza.

Risulta fondato anche il motivo con il quale il ricorrente lamenta il difetto di motivazione relativamente al diniego ricevuto sulla sua istanza.

La risposta dell'Ente, facendo riferimento all'unica circostanza dell'opposizione da parte del controinteressato, non consente di ricostruire quel percorso fattuale e giuridico che l'amministrazione avrebbe dovuto fare e la valutazione dalla stessa operata degli interessi in gioco, valutazione che alla stessa compete, a maggior ragione allorquando c'è opposizione all'ostensione da parte del controinteressato. Ciò perché il diritto a conoscere dei cittadini deve essere assicurato dall'Amministrazione e non può essere lasciato alla decisione del controinteressato il quale, nell'ambito della partecipazione procedimentale allo stesso riservata, può far emergere esigenze di tutela che ben possono orientare e rendere edotta l'autorità decidente sulle ragioni della invocata riservatezza nell'assumere la determinazione, che spetta comunque solo alla p.a..

Come d'altro canto affermato da questa Sezione va comunque *escluso che l'amministrazione possa legittimamente assumere quale unico fondamento del diniego di accesso agli atti la mancanza del consenso da parte dei soggetti controinteressati, atteso che la normativa in materia di accesso agli atti, lungi dal rendere i controinteressati arbitri assoluti delle richieste*

che li riguardino, rimette sempre all'amministrazione destinataria della richiesta di accesso il potere di valutare la fondatezza della richiesta stessa, anche in contrasto con l'opposizione eventualmente manifestata dai controinteressati (cfr. sentenza n. 1380 del 9 marzo 2017).

Va invece respinto il motivo di ricorso secondo cui vi sarebbe stata da parte della Società resistente una violazione dell'art. 16 del d. lgs. 33/2016 non risultando i dati richiesti pubblicati su "Amministrazione trasparente". Deve infatti considerarsi che il richiamato art. 16 impone la pubblicazione dei dati relativi alla dotazione organica e al personale effettivamente in servizio, dati questi che certamente non possono ricomprendere anche le presenze quotidiane in servizio dei dipendenti, trattandosi piuttosto di dati generici concernenti i dipendenti che risultano in forza presso l'ente.

Alla luce delle esposte considerazioni il ricorso va accolto nei sensi e nei limiti sopra illustrati, e per l'effetto, previo annullamento del diniego impugnato, va ordinato alla Società resistente di dare ostensione al ricorrente dei soli documenti dai quali risulta la presenza o meno in ufficio del controinteressato dalla data del 1 gennaio 2017 fino al 17 febbraio 2017 nel termine indicato in dispositivo con omissione di ogni dato idoneo a disvelare le ragioni delle assenze.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, ordina all'Ente intimato di dare ostensione alla documentazione richiesta dal ricorrente, per come individuata in motivazione, entro il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione o, se a questa anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 con
l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Paola Palmarini, Consigliere

Anna Corrado, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Corrado

IL PRESIDENTE

Paolo Passoni

IL SEGRETARIO