

Pubblica Amministrazione aperta?

Diritto di accesso e trasparenza dal 1990 ad oggi

(in collaborazione con SSPA)

Forum PA - 11 maggio 2009

IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA

Vice Avvocato Generale dello Stato – Commissione per l'Accesso

Innanzitutto voglio esprimere un sentito ringraziamento alla Professoressa Valeria Termini per avermi invitato a partecipare a questo convegno.

L'argomento del mio intervento sarà la Commissione per l'Accesso, una delle istituzioni chiave della disciplina sull'accesso così come fu introdotta dalla legge 241/90, modificata poi dalla legge 15/2005.

Il Professor Arena ricordava le origini storiche di quella legge e anche qualche ritardo nell'introduzione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento rispetto ad altri Paesi. Certamente se ci paragoniamo alla Svezia il ritardo è enorme perché la legge svedese sulla trasparenza è del 1766: già da allora la Svezia fece proprio il principio kantiano del governo della cosa pubblica come uso pubblico della propria ragione. Se andiamo invece a guardare a Paesi un po' più vicini a noi per tradizione, come ad esempio la Francia, vediamo che il ritardo si limita a poco più di una decina di

anni. Anche nei confronti degli Stati Uniti il ritardo non è enorme perché il *Freedom of Information Act* è del 1967.

Sicuramente l'esperienza francese è stata una delle ispiratrici della nostra legge del 1990, quella elaborata nella bozza della Commissione Nigro fin dal 1983/84. La legge francese prevedeva la *CADA – Commission d'Accès aux Documents Administratifs* e questo istituto fu recepito nel nostro ordinamento. Secondo parte della dottrina il nostro istituto non costituisce nulla più che una fotocopia del modello francese ma io non credo che sia proprio così, credo che, invece, l'istituto straniero ispiratore sia stato un altro, come tra poco dirò.

Le funzioni attribuite dalla legge originaria alla Commissione furono tre: potere di vigilanza sull'attuazione del principio di trasparenza, dovere e potere di referto annuale a Governo e Parlamento sull'attuazione della legge e potere di proposta al Governo di innovazioni normative, sia a livello primario che secondario, per il miglioramento dell'attuazione del principio di trasparenza. Nella bozza Nigro c'era un ulteriore potere, che non fu trasfuso nella legge ma di cui in qualche modo la Commissione si riappropriò con il regolamento del 1992, che conferì alla Commissione un potere generale di consulenza. In sede di giurisprudenza interna, poi, la Commissione ampliò ancora questo potere, prevedendo di poter rendere pareri anche su richiesta di privati. Questo le consentì di esercitare sin dall'inizio una *moral*

*suasion* che, con le Amministrazioni meno riluttanti al nuovo principio di trasparenza, qualche risultato ottenne.

Come dicevo poc'anzi non è soltanto la *CADA* francese ad aver ispirato la Commissione: l'istituto ispiratore fu a mio avviso principalmente quello dell'*Ombudsman* svedese, un istituto che conobbe agli inizi della seconda metà del secolo scorso un irraggiamento paragonabile soltanto a quello che il Consiglio di Stato francese aveva avuto nel mondo a cavallo del '900. L'originario modello svedese è un istituto affascinante perché si colloca trasversalmente attraverso i tre poteri tradizionali: la nomina dell'*Ombudsman* spetta al Parlamento e dunque al potere legislativo, esso però opera con atti di tipo amministrativo, e quindi appartiene formalmente al potere esecutivo, ma svolge una funzione che è sostanzialmente giurisdizionale perché il suo compito è quello di tutelare il cittadino nei confronti degli abusi dell'Amministrazione.

Orbene, a mio avviso l'istituto dell'*Ombudsman* influenzò la disciplina della Commissione perché la composizione originaria prevedeva una rappresentanza paritetica dei tre poteri tradizionali: quattro rappresentanti del legislativo, quattro del giudiziario e quattro dell'esecutivo. A tutto ciò si aggiungeva la scienza dell'Accademia: quattro Professori universitari di materie giuridico-amministrative. Si potrebbe obiettare che la previsione delle categorie di provvista non derivi dalla esigenza che la Commissione rappresenti i tre diversi poteri bensì dal fatto che il

radicamento nei tre poteri dà una garanzia di competenza. Però così non è perché, ad esempio, se una Camera viene sciolta durante il mandato triennale i vecchi rappresentanti non rimangono in carica ma bisogna attendere che le nuove Camere designino i loro e i rappresentanti del giudiziario sono designati dai rispettivi organi di autogoverno. I rappresentanti dei tre poteri, dunque, siedono non in quanto esperti della materia ma in quanto delegati del potere in carica che in quel momento viene rappresentato.

Un altro accostamento all'*Ombudsman* ci deriva da due dati normativi. Uno è la legge 341/2000, che prevede l'*Ombudsman* a livello periferico in Comuni, Province e Regioni con competenze più o meno parallele a quelle della Commissione. La situazione è diventata ancora più chiara oggi con la legge 15/2005, che prevede alternativamente il ricorso giustiziale all'*Ombudsman* comunale, provinciale o regionale o alla Commissione per l'Accesso a seconda che l'atto di diniego di accesso sia stato adottato da un Ente locale o da un'Amministrazione dello Stato. Come vedete, quindi, il parallelo tra il Difensore Civico e la Commissione per l'Accesso è legislativamente sancito.

Che cosa ha innovato in materia di Commissione la legge 15/2005? L'innovazione è ambivalente perché da un lato essa ha potenziato la vocazione giustiziale della Commissione e quindi, in qualche modo, la sua veste neutrale e garantista, mentre dall'altro ha accentuato certe sue connotazioni che la incardinano nell'Esecutivo e quindi sminuiscono le sue garanzie di indipendenza.

La nuova funzione che viene attribuita alla Commissione è quella giustiziale : l'accedente che si è visto negare l'accesso in maniera espressa o tacita da un'Amministrazione centrale o periferica dello Stato può proporre ricorso alla Commissione nei trenta giorni. Lo può fare con assoluta libertà di forme, non ha bisogno di ministero di avvocato: può presentare un ricorso manoscritto, lo può mandare via fax, via e-mail o come altro vuole. Non ci sono forme previste e la Commissione è tenuta a rispondere in trenta giorni. Se la Commissione non decide nei trenta giorni il ricorso si intende respinto. Per un organo deputato a garantire la trasparenza e l'accesso respingere dei ricorsi per inutile decorso del tempo non sarebbe un bell'esempio e quindi finora la Commissione è riuscita a decidere tempestivamente tutti i ricorsi presentati nei trenta giorni. Il che significa che le sedute debbono essere convocate a non più di tre settimane di distanza l'una dall'altra

Il ricorso alla commissione è stato definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa come un ricorso gerarchico improprio. Io preciserei che è un ricorso gerarchico improprio claudicante, perché si presenta come tale soltanto se l'istanza di accesso viene respinta, cioè se la Commissione dà ragione all'Amministrazione. Infatti, se la Commissione dà ragione all'Amministrazione, e quindi conferma il diniego di accesso, l'accedente che vuole ulteriore tutela di fronte al giudice amministrativo dovrà proporre ricorso contro la decisione della Commissione. Se invece la Commissione accoglie il ricorso, essa

non definisce la lite, concedendo l'accesso, perché l'accoglimento del ricorso comporta soltanto un invito all'Amministrazione al riesame con l'affermazione dell'illegittimità del diniego. Quindi si tratta non tanto di un atto decisorio, quanto di un atto di controllo con invito al riesame nel merito.

In presenza di tale atto l'Amministrazione ha davanti a sé quattro possibilità, due legittime e due illegittime. Le possibilità legittime sono adeguarsi alla decisione della Commissione e concedere l'accesso oppure confermare il provvedimento negativo motivandolo in relazione alle ragioni addotte dalla Commissione a sostegno della sua decisione. La prima delle due possibilità illegittime, invece, che statisticamente sono quelle più frequentemente seguite, è quella di conservare il silenzio. A questo punto l'accedente può ricorrere al TAR ma molte volte purtroppo si rivolge di nuovo alla Commissione, che nulla più può fare.

L'altra soluzione illegittima è quella di confermare il diniego senza motivare. Tanto però basta perché il TAR successivamente adito annulli il diniego per difetto di motivazione.

In questo procedimento si innestano due sub-procedimenti che riguardano il Garante per la privacy. Quando la Commissione per l'Accesso si imbatte in un problema di privacy deve infatti chiedere parere al Garante e quando il Garante in un suo procedimento si imbatte in un problema di accesso deve chiedere il parere alla Commissione. Avvicinando in questo modo la Commissione al

Garante per la privacy si spende un'ulteriore ragione a favore di una sua fisionomia neutrale e garantista.

Faccio un cenno rapidissimo a grandi linee su quella che è stata l'attività della Commissione fino al 2005. Il suo primo atto fu la redazione della bozza di quello che doveva diventare il DPR 352/92, cioè il regolamento sulla legge 241/90. Poi ci fu la prima pubblicazione della Collana annuale sull'accesso ai documenti amministrativi, dove sono riportate tutte le attività della Commissione e tutte le principali sentenze in materia di accesso. Seguì un monitoraggio, mediante audizione di numerose autorità amministrative sia a livello centrale che periferico e la determinazione di estendere la propria attività consultiva anche ai pareri resi ai privati. Molti dei primi pareri della Commissione riguardavano la legittimazione dell'accedente : il Professor Arena ricordava in proposito come il diritto di accesso venga garantito dalla legge non a tutti ma a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti (e ciò costituirebbe un grave limite della legge 241/90).

Ricordo però - e la Commissione lo ha a più riprese rilevato - che ci sono altre leggi che lo consentono veramente a tutti : per esempio a livello di Enti Locali il diritto di accesso spetta a chiunque ne sia cittadino. Il cittadino di un Comune, di una Provincia o di una Comunità Locale non ha bisogno di motivare ed allegare un interesse per la propria richiesta di accesso. Rispondendo ancora ad un'altra osservazione del Professor Arena, il quale diceva che

invece dell'auspicabile sviluppo del principio di trasparenza vi è stato una specie di restringimento dell'area dell'accesso, devo dire che questo non mi pare in linea con l'evoluzione giurisprudenziale. In realtà il giudice amministrativo ha di molto ampliato il concetto di situazione legittimante, che originariamente doveva consistere almeno in un diritto o in un interesse legittimo ma che ultimamente è stata qualificata come "qualunque interesse purché serio e non meramente emulativo". Se ciò non significa "chiunque" poco ci manca.

Detto questo sulle prime attività della Commissione, vorrei darvi qualche numero su quella che è stata l'attività successiva all'entrata in vigore della legge 15/2005. La norma sull'attività giustiziale della Commissione è entrata in vigore a metà 2006 e nella seconda parte di quell'anno ci sono stati 125 ricorsi. Nel 2007 i ricorsi furono 361 mentre nel 2008 sono stati 426. Nel 2006 i pareri furono 67, nel 2007 furono 194 e 141 sono stati quelli del 2008. C'è stata una diminuzione perché la possibilità di fare ricorso ha, evidentemente, dissuasato molti dal chiedere un parere.

I ricorsi classificati per Amministrazione resistente danno invece la misura di quanto le singole Amministrazioni facciano o meno "muro di gomma" di fronte alla richiesta di accesso. I due terzi della torta se li spartiscono il Ministero della Difesa, con il 25% dei ricorsi, il Ministero dell'Interno con il 22% e il Ministero dell'Istruzione con il 20%. Il resto è frammentato in tutte le altre amministrazioni.

Un *leitmotiv* dei rapporti annuali al Parlamento, che la Commissione ha fatto dal 1994 fino al 2005, è stato quello della insufficienza dei poteri di cui è dotata. Essa ha infatti poteri di referto, di vigilanza e di proposta ma non poteri ordinatori, coercitivi e sanzionatori.

Da ultimo dobbiamo domandarci quale sia la natura giuridica della Commissione, sia prima che dopo la novella del 2005. Già nel 1992 la sua configurazione giuridica veniva problematicamente descritta da Biagini con i seguenti interrogativi:

“Organo temporaneo della Presidenza del Consiglio dei Ministri?  
Ufficio di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio?  
Struttura di raccordo fra Parlamento, Amministrazioni, Governo?”

All'indomani della novella del 2005 l'interrogativo si riproponeva in altra forma addirittura nel titolo di uno scritto di Simoncini che suonava provocatoriamente così: “La riforma della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi : crescita o aborto di un' autorità indipendente?”

Unico punto sul quale esiste una certa concordia di opinioni è che la sua composizione la rende, in qualche modo, più rappresentativa dello Stato - comunità che non dello Stato - apparato e che le funzioni che le sono attribuite postulano una posizione di imparzialità.

Il che comporterebbe come logica conseguenza la sua configurazione come Autorità indipendente. Istanza, questa, che fu

avanzata dalla Commissione fin dal suo primo rapporto al Parlamento ed al Presidente del Consiglio.

Probabilmente la discrasia fra le funzioni attribuite alla Commissione e la sua veste formale deriva dal tempo trascorso fra elaborazione del disegno di legge da parte della Commissione Nigro (primissimi anni 80) che si ispirò, come sopra detto, alle suggestioni del modello francese ed all'*Ombudsman* e la data della sua approvazione da parte del Parlamento (inizio del decennio successivo) che tale ispirazione recepì.

Tale periodo di tempo, pur breve rispetto al respiro lungo della storia, fu, all'epoca, particolarmente significativo perché al momento dell'elaborazione di studio non erano ancora prepotentemente apparse sull'orizzonte delle istituzioni straniere da importare nel nostro ordinamento quelle Autorità indipendenti che tanto successo ebbero, invece, nel decennio successivo ed il cui modello era molto più congruente con le funzioni neutrali attribuite alla Commissione.

Purtroppo nemmeno la novella del 2005 ha saputo fare chiarezza, aumentando anzi, se mai, la confusione, in quanto alla introduzione di innovazioni che potenziano le caratteristiche di neutralità e paragiurisdizionalità delle funzioni attribuite alla Commissione si accompagnano, contraddittoriamente, modifiche normative che ne depotenziano le caratteristiche di indipendenza ed imparzialità. Nella prima direzione si muove la norma che attribuisce alla Commissione funzioni paragiurisdizionali o giustiziali con finalità

deflattive del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso e coerente con tale innovazione appare sia la modifica della composizione della Commissione che riduce da quattro ad uno i membri rappresentanti del potere esecutivo e da quattro a due i membri rappresentanti dell'accademia, lasciando invariata la rappresentanza dei poteri legislativo e giudiziario e la competenza alla loro designazione, con conseguente potenziamento delle caratteristiche di neutralità ed imparzialità della Commissione.

Del pari coerente con la finalità apparentemente così perseguita appare la norma che equiordina (anche se non completamente) la Commissione al Garante per la protezione dei dati personali (cioè ad una Autorità indipendente per tale pacificamente riconosciuta) in caso di interferenza fra i relativi procedimenti. Nella seconda direzione si muovono, invece, contraddittoriamente, le norme che trasferiscono dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri la competenza per la nomina dei membri della Commissione ed incardinano la stessa nella struttura burocratica della Presidenza del Consiglio attribuendo ad un suo Dipartimento la funzione di supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione ed al relativo Capo Dipartimento le funzioni di membro di diritto della Commissione.

Ancora: il supporto tecnico-scientifico della Commissione è assicurato da esperti nominati ai sensi dell'art. 29 della legge 23.8.88 n. 400.

In tale quadro sembra difficile ipotizzare una qualificazione della Commissione diversa da quella di organo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, privo di ogni garanzia di indipendenza che non sia quella della provenienza e della designazione dei suoi membri di estrazione parlamentare, giudiziaria ed accademica e della onestà intellettuale delle persone fisiche che ne fanno parte.

La novella del 2005 è stata quindi la classica occasione mancata per una riforma coerente. Le buone intenzioni che la ispiravano sono rimaste a metà del guado, realizzate solo parzialmente e contraddette da innovazioni che si muovono in direzione opposta.

Nel concreto, gioverà, però, rilevare che nell'arco più che trilustre della sua attività la Commissione sembra aver sempre privilegiato interpretazioni estensive del diritto di accesso in coerenza con una funzione concepita come quella di garante del principio di trasparenza.

Nella realtà effettuale la Commissione, pur senza godere formalmente di piene garanzie di indipendenza e neutralità, ha, quindi, sempre svolto il suo compito in piena libertà e con imparzialità di giudizio.

Ciò di cui si è sempre doluta e continua a dolersi è, peraltro, la totale mancanza di quei poteri coercitivi, sostitutivi e sanzionatori necessari a rendere effettiva la funzione di vigilanza svolta in qualità di “cane da guardia della trasparenza”. Basti pensare al caso emblematico (e non infrequente) dell' accoglimento di un ricorso cui non segue, nei trenta giorni dalla comunicazione

all'amministrazione, una conferma motivata dal diniego da parte di quest'ultima, ma non segue nemmeno il consenso all'accesso che in questo caso, secondo l'ordinamento, sarebbe invece automaticamente consentito. La Commissione non ha alcun potere per imporlo e all'accedente non resta altra via che la denuncia penale ed il ricorso al T.A.R., restando così inutilizzato tutto il procedimento svoltosi dinanzi alla Commissione stessa.

Come già accennato precedentemente, anche di fronte alle più patenti violazioni del principio di trasparenza da parte delle amministrazioni, la Commissione ha, infatti, il solo potere di denunciare il fatto nel rapporto annuale al Parlamento ed al Capo del Governo.

Questo ricorda molto da vicino quanto è stato ironicamente scritto da un grande giurista inglese sul "*Council on Tribunals*", collegio britannico privo di poteri coercitivi e definito, quindi, "cane da guardia che può abbaiare, ma non mordere".