

**TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E ACCESSO AGLI ATTI
A SEGUITO DELLA LEGGE N. 124 DEL 2015**

A cura di

ELISABETTA BARBA

Tirocinante presso

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo

Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi

TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E ACCESSO AGLI ATTI
A SEGUITO DELLA LEGGE N. 124 DEL 2015

La trasparenza amministrativa è, negli ordinamenti giuridici statuali più evoluti, un principio generale dell'attività e dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione. Essa garantisce infatti esigenze di carattere generale, quali l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione e dà vita a posizioni giuridiche soggettive che godono di specifica tutela riconosciuta dall'ordinamento.

La legge 7 agosto 1990, n. 241 fu una legge di principio di rilevanza epocale che introdusse nel nostro ordinamento l'istituto del procedimento amministrativo come regola generale dell'azione pubblica e il diritto di accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione, segnando, così, il passaggio dal regime del segreto amministrativo a quello della trasparenza.

A tutela di tale diritto venne istituita la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 241 del 1990, con compiti di controllo dell'attività amministrativa e di cooperazione con essa, di riflessione ed elaborazione dell'esperienza, strumentali allo stimolo di interventi legislativi.

La legge 11 febbraio 2005, n. 15, di modifica e integrazione della legge generale sul procedimento amministrativo, attribuì nuovi poteri alla Commissione conferendo – segnatamente attraverso l'attribuzione della funzione giustiziale - maggiore efficacia al suo ruolo.

Con l'entrata in vigore del D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, il lavoro della Commissione per l'accesso si è gradualmente sviluppato contribuendo al dialogo e al confronto tra cittadini e Amministrazione, al fine di realizzare i principi di controllo democratico, di tutela dei diritti, di trasparenza e imparzialità stabiliti dalla Costituzione e dalla legge n. 241 del 1990.

Le innovazioni apportate dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, con l'introduzione del nuovo istituto dell'accesso civico, hanno completato il sistema generato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 che, all'articolo 22, ha introdotto nel nostro ordinamento il diritto di accesso.

Successivamente sono seguiti l'obbligo di pubblicazione sui siti istituzionali, nonché il c.d. Testo Unico sulla trasparenza dell'azione amministrativa.

Il diritto in esame, nelle sue diverse epifanie è così divenuto strumento per un controllo diffuso sull'Amministrazione, secondando la tesi che l'implementazione della trasparenza pubblica sia l'argine principale alla corruzione.

Si è giunti, infine, al decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 - il primo tra i provvedimenti attuativi della c.d. riforma Madia ad essere approvato - che prevede la proposizione di un'istanza per l'accesso a tutti quei dati e documenti per i quali non sussista l'obbligo espresso di pubblicazione, predisponendo, così, un meccanismo di responsabilità, controlli, sanzioni e rimedi per favorire l'applicazione piena del nuovo accesso civico.

Lo scritto dell'avvocato Barba ricostruisce la storia dell'istituto della trasparenza in Italia nel quarto di secolo abbondante della sua storia, dal suo imprevisto irrompere nell'ordinamento giuridico nel 1990 fino ai suoi più recenti sviluppi attraverso un attento esame di tutte le fonti dottrinali e giurisprudenziali.

Ignazio F. Caramazza

Roma, 18 gennaio 2018

TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E ACCESSO AGLI ATTI

A SEGUITO DELLA LEGGE N. 124 DEL 2015

A cura di

ELISABETTA BARBA

SOMMARIO: Introduzione – 1. La rilevanza del diritto comunitario nell’ordinamento giuridico italiano – 1.1. Il diritto di accesso nell’ordinamento comunitario come principio costituzionale – 1.2. Il primato europeo – 2. Il Freedom of Information Act statunitense – 3. La genesi e il percorso della trasparenza nell’ordinamento giuridico italiano - 3.1. L’evoluzione del concetto di trasparenza – 3.2. L’innovazione epocale introdotta dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 – 4. La Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi – 4.1. Le riforma del 2005 e le nuove funzioni della Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi - 4.2. La procedura per il ricorso alla Commissione per l’accesso (artt. 25, comma 4, L. 241 del 1990 e 12 D.P.R. 184 del 2006 - 4.3. Gli effetti della decisione favorevole - La carenza di poteri coercitivi e/o sanzionatori in capo alla Commissione in caso di inadempienza o inerzia dell’Amministrazione resistente - 4.4. Il ricorso per revocazione avverso le decisioni della Commissione per l’accesso - 4.5. L’estensione della competenza della Commissione sui ricorsi presentati contro gli enti locali in ipotesi di carenza di difensore civico - 4.6. La dematerializzazione dei lavori della Commissione - Il sito intranet riservato ai Componenti della Commissione per la lavorazione telematica dei ricorsi e dei pareri - 4.7. Il sito internet www.commissioneaccesso.it - 4.8. La casella di posta elettronica certificata (P.E.C.) della Commissione (commissione.accesso@mailbox.governo.it) - 5. La trasparenza tra revisione e riforma. Il Decreto Legislativo n. 150 del 2009 e il Decreto Legislativo n. 33 del 2013 - 6. Le novità del c.d. “Decreto trasparenza” che attua la delega ex art. 7 della Legge Madia: nota introduttiva – 7. Dalla trasparenza come obbligo di pubblicazione alla trasparenza come libertà di accesso a dati e documenti. L’introduzione del Foia in Italia – 8. I limiti al nuovo accesso civico – 9. L’ambito soggettivo di applicazione della disciplina contenuta nel novellato d.lgs. n. 33/2013 – 10. Accesso civico, gratuità e comunicazione ai controinteressati – 11. La revisione del sistema sanzionatorio – 12. Il rapporto tra trasparenza e *privacy* - 13. Conclusioni

Introduzione

Il primo provvedimento attuativo della c.d. riforma Madia ad essere approvato è stato il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97.

Tra i diversi adempimenti normativi previsti dalla legge delega 7 agosto 2015, n. 124 quello in tema di trasparenza dell’azione amministrativa persegue l’obiettivo di realizzare un cambiamento comune a tutte le Pubbliche Amministrazioni attraverso l’introduzione di uno strumento equivalente al *Freedom of information act* (FOIA): si tratta di una nuova forma di

accesso civico volto a riconoscere ai cittadini la possibilità di accedere anche ai dati e ai documenti per i quali non sussista l'obbligo espresso di pubblicazione.

Gli interventi correttivi e innovativi del quadro dispositivo disegnato dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n.33 completano lo schema che ha avuto origine con la legge 7 agosto 1990, n. 241, la quale, per la prima volta, ha introdotto nel nostro ordinamento il diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo da parte dei titolari di un interesse diretto, concreto e attuale.

L'articolo 22 della legge generale sul procedimento amministrativo è stato seguito da obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali, fino alla prima versione del c.d. Testo Unico sulla trasparenza dell'azione amministrativa.

Il citato schema si conclude con il riconoscimento della più ampia accessibilità ai dati e ai documenti pubblici, costituente la regola generale, e della loro mancata ostensione quale eccezione, necessariamente motivata dalla tutela di precisi interessi, dal segreto di Stato, dalla *privacy* ovvero da tutele commerciali.

L'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 definendone per la prima volta i contenuti, ha fornito una nozione innovativa e aperta di trasparenza pubblica come “accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni (...)” con riferimento alle “informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione (...)”.

Nel 2013 la trasparenza è divenuta più incisiva: i dati di semplice consultazione devono essere forniti in formato aperto ed i cittadini possono accedervi online e senza costi.

Il diritto di accesso si configura, in tal modo, quale strumento per un controllo diffuso sull'Amministrazione. Ciò nella convinzione che l'implementazione della trasparenza pubblica sia l'argine principale alla corruzione.

Si è giunti così al decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, il quale interviene sui contenuti della trasparenza pubblica prevedendo la presentazione di una istanza per l'accesso a tutte quelle informazioni che le Pubbliche Amministrazioni non sono normativamente obbligate a diffondere in modo automatico. Tale decreto prevede, inoltre, come regola generale, che le Pubbliche Amministrazioni rilascino i documenti in forma gratuita, soprattutto quando l'invio è telematico, e possano chiedere solo il rimborso del costo “effettivamente sostenuto e documentato”.

In aggiunta alla barriera del costo è stata cancellata quella del silenzio–rifiuto: le Amministrazioni devono rispondere sempre entro 30 giorni e, ove intendano negare le informazioni richieste, devono farlo con “provvedimento espresso e motivato”.

La Pubblica Amministrazione deve provare, in particolare, che la diffusione del dato, informazione o provvedimento pregiudichi in modo “concreto” gli interessi da tutelare, divisi in due gruppi: quelli dello Stato (dalla sicurezza nazionale alle questioni militari, dallo svolgimento delle indagini alla stabilità finanziaria ed economica) e quelli dei privati (ossia i dati personali, la segretezza della corrispondenza e gli interessi economici e commerciali). Avverso l’eventuale diniego dell’ufficio pubblico, colui che formula la richiesta può appellarsi al Responsabile anti-corruzione o, negli Enti locali, al difensore civico.

L’introduzione di tale forma di accesso civico conferma, allo stesso modo del decreto n. 33 del 2013, la clausola di invarianza degli oneri di spesa, senza confidare su risorse aggiuntive rispetto a quelle già disponibili.

Il decreto n. 97 del 2016 individua un punto di equilibrio: prevedendo, per un verso, un meccanismo di responsabilità, controlli, sanzioni e rimedi per favorire l’applicazione piena del nuovo accesso civico e scoraggiare gli apparati e i funzionari recalcitranti; per altro verso, compensando il maggiore sforzo con una semplificazione degli obblighi di pubblicazione rivelatisi, in parte, ridondanti.

In tale prospettiva il presente lavoro si propone di fornire una chiave di lettura di questa sfida della trasparenza che coinvolge tutte le Pubbliche Amministrazioni e tutto il loro personale responsabilizzato profondamente attraverso un rinnovato regime sanzionatorio.

1. La rilevanza del diritto comunitario nell’ordinamento giuridico italiano.

Ai fini di una corretta disamina dell’istituto del diritto di accesso, come delineato nel nostro ordinamento giuridico, si impongono alcune considerazioni preliminari.

In primo luogo bisogna accertare la sussistenza di fonti sovraordinate ed esaminare come queste possano influenzare ed orientare la disciplina del legislatore nazionale. All’esito, si deve analizzare quanto previsto dalla normativa comunitaria in materia¹.

Necessita, inoltre, segnalare le modifiche all’art. 1 della legge 241 del 1990 apportate dalla legge 15 del 2005, attraverso cui è stato introdotto un riferimento ai principi dell’ordinamento

¹ Questo in quanto, a differenza che per altri fonti normative soprannazionali, è principio ormai pacificamente affermato quello della supremazia del diritto comunitario sul diritto interno. A livello comunitario tale principio è stato per la prima volta riconosciuto dalla nota sentenza Costa/Enel del 15 luglio 1964, causa 6/64, con cui è stata affermata la prevalenza dell’ordinamento comunitario sull’ordinamento interno proprio con riferimento ad un caso relativo all’Italia.

comunitario, quali principi generali dell'attività amministrativa. Tale richiamo è rilevante in quanto determina che i singoli principi del diritto comunitario sono attualmente principi dell'ordinamento nazionale e, come tali, sono in grado di orientare anche la legittimità dell'azione amministrativa².

1.1. Il diritto di accesso nell'ordinamento comunitario come principio costituzionale.

Nell'ordinamento comunitario il diritto di accesso non era originariamente avvertito quale principio fondamentale e di esso non si faceva alcuna menzione all'interno dei diversi trattati comunitari.

Solo a seguito di una successiva evoluzione diretta ad introdurre un'azione amministrativa più trasparente e conoscibile da parte dei cittadini, si è giunti al progressivo riconoscimento di un vero e proprio diritto di accesso alle informazioni di cui dispongono le varie istituzioni comunitarie³.

L'introduzione del diritto di accesso nell'ordinamento giuridico comunitario è stato determinato dalla presenza di tale istituto nella maggior parte degli ordinamenti dei singoli Stati membri e dal superamento di alcune resistenze relative alla configurazione di taluni procedimenti amministrativi impostati secondo regole di segretezza.

Un significativo passo in avanti è stato compiuto con il Trattato sull'Unione Europea del 1992 e con la dichiarazione allegata n. 17, che ha riconosciuto l'importanza della trasparenza del procedimento decisionale delle istituzioni comunitarie.

La Commissione si è così impegnata ad adottare le misure idonee ad aumentare le forme di accesso alle informazioni di cui dispongono le istituzioni, concretizzatosi nel 1993⁴ con l'emanazione di un codice di condotta.

A sua volta, il Trattato di Amsterdam, sottoscritto il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999, ha inserito due specifiche disposizioni in tema di diritto di accesso⁵.

²Si veda, ad esempio, C. TAGLIENTI, *Trasparenza dell'atto amministrativo*, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Taglienti_Trasparenza_dell'atto_amministrativo.htm.

³ Un esempio molto importante si è avuto in materia ambientale con la direttiva CEE del Consiglio 7 giugno 1990 n. 190/313. Sul diritto di accesso ai documenti in ambito comunitario si rinvia a I.MARTÍN DELGADO, *La Carta ante las administraciones nacionales: hacia la europeización de los derechos fundamentales*, in *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, 2010, pag. 133 ss.

⁴M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, pag. 448.

⁵ Le due disposizioni sulle quali il Trattato di Amsterdam ha inciso sono l'art. 1 del Trattato sull'Unione europea e l'art. 255 del Trattato che istituisce la Comunità europea. L'art. 1 del Trattato sull'Unione europea (ex art. A) è stato modificato nel secondo paragrafo, che è diventato il seguente: "Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini". È stata più significativa la modifica che ha determinato l'introduzione dell'art. 255 del Trattato che istituisce la Comunità europea, in quanto con tale articolo il diritto di

In tal modo, a livello comunitario, il diritto di accesso risulta essere un principio costituzionalizzato⁶ ed espressamente riconosciuto.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha dedicato un'apposita disposizione al diritto di accesso (art. 42), riconoscendo allo stesso il carattere di principio "fondamentale" dell'ordinamento comunitario.

Con il Trattato di Lisbona è stato completato il percorso di affermazione del diritto di accesso⁷ riprendendo dalla Carta dei diritti fondamentali la sua qualificazione come diritto fondamentale, nel quadro dei diritti di cittadinanza⁸. Con tale Trattato i principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sono divenuti vincolanti.

È possibile pertanto affermare che il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni europee ha assunto carattere fondamentale nell'ordinamento comunitario.

Alla stregua delle disposizioni dei Trattati appena illustrate, è stato adottato un regolamento che disciplina la materia del diritto di accesso ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, attraverso la definizione di principi, condizioni e limitazioni per motivi di interesse pubblico o privato. Si tratta del regolamento CE n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001. Tale regolamento prevede le modalità attraverso le quali è possibile il concreto esercizio del diritto di accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea.

accesso diventa anch'esso una regola espressamente riconosciuta dall'ordinamento comunitario. Il citato art. 255 ha stabilito, al paragrafo 1, che "Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma dei paragrafi 2 e 3".

⁶ M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., pag. 172. L'Autore cita i Trattati come "Costituzione" comunitaria sottolineando come tali Trattati hanno assunto tale ruolo sia dal punto di vista funzionale che formale.

⁷ L'art. 15 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al paragrafo 1, stabilisce che "Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile". Quest'ultima disposizione si pone in termini di principio rispetto al successivo paragrafo terzo, che invece si occupa del riconoscimento del diritto di accesso in ambito comunitario. In tal modo si stabilisce un diritto di accesso cui non possono sottrarsi neanche il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione ed i loro relativi documenti interni, presentando tale diritto un carattere generalizzato e comprensivo delle principali istituzioni comunitarie. Si tratta inoltre, sotto il profilo soggettivo, di un diritto di cui godono tutti i cittadini europei e tutti coloro che risiedono nell'Unione europea e rappresenta uno strumento essenziale per la realizzazione di una politica di trasparenza in seno alle istituzioni europee. L'art. 15, paragrafo 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea recita testualmente "Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria. Ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma. La Corte di giustizia dell'Unione europea, la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti sono soggette al presente paragrafo soltanto allorché esercitano funzioni amministrative. Il Parlamento europeo e il Consiglio assicurano la pubblicità dei documenti relativi alle procedure legislative nel rispetto delle condizioni previste dai regolamenti di cui al secondo comma".

⁸ M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., pag. 448 ss.

1.2. Il primato europeo.

A beneficiare di una legge formale sull'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione furono innanzitutto i sudditi di Svezia, il 2 dicembre del 1766, a seguito dell'approvazione da parte del re Adolfo Federico del *Tryckfrihetsförordningen*⁹.

Quella svedese fu la prima legge sulla libertà di espressione del continente e sulla trasparenza amministrativa. Essa formulava quelli che, ad oggi, sono ancora i principi del governo aperto e dell'anticorruzione che gli Stati moderni si impegnano ad applicare.

Questi principi hanno trovato posto nella Costituzione svedese in virtù della determinazione di Andres Chydenius, pastore protestante di Sotkamo e illuminista radicale con l'obiettivo di favorire il controllo del parlamento svedese sul bilancio dello Stato attraverso la trasparenza. "Libero Stato" doveva essere garante delle libertà e i cittadini avevano il dovere di seguire i loro capi in modo critico. Chydenius, a seguito della nomina in Parlamento, si trovò a far parte della commissione incaricata di redigere la nuova legge sulla stampa, ma agì anche al di fuori di essa.

Di recente le Nazioni Unite hanno accolto l'esempio svedese: nell'articolo 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 si legge che "ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere"¹⁰.

Nel 1998 il relatore speciale per la libertà di opinione e di espressione ha specificato che il diritto alla libertà di espressione comprende anche quello ad accedere alle informazioni detenute dallo Stato, precisando nel suo rapporto annuale che: "Il diritto di accesso alle informazioni in possesso del Governo dev'essere la regola piuttosto che l'eccezione"¹¹.

Il Consiglio d'Europa si è mosso con maggiore rapidità e nel 1981 il Comitato dei Ministri, composto dai ministri degli Esteri degli Stati membri, ha stabilito che "chiunque, all'interno della giurisdizione di uno degli Stati membri, ha il diritto di ottenere, su richiesta, le informazioni detenute dalle autorità pubbliche, escluse quelle legislative e giudiziarie"¹².

⁹ Ossia l'ordinanza sulla libertà di scrittura e di stampa.

¹⁰ Il testo della Dichiarazione universale dei diritti umani è consultabile al link: www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=itn.

¹¹ Maggiori informazioni sono reperibili al link: daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/1998/40&Lang=E.

¹² Raccomandazione n. (81)19 sull'accesso alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni. Maggiori approfondimenti sono reperibili al link: www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Documents_en.asp.

Un altro passo significativo nella direzione dell'accesso, limitato però alle informazioni ambientali, è stato compiuto dall'Unione Europea nel 1998. Riprendendo le soluzioni della conferenza di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, il primo articolo della Convenzione di Arhus sancisce che “per contribuire a tutelare il diritto di ogni persona, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente adatto ad assicurare la sua salute e il suo benessere, ciascuna parte garantisce il diritto di accesso alle informazioni, di partecipazione del pubblico ai processi decisionali e di accesso alla giustizia in materia ambientale in conformità alle disposizioni della presente convenzione”.

La Convenzione, tradotta nella direttiva europea 2003/4/CE¹³, è stata recepita anche dall'Italia che ne ha dato attuazione con il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195¹⁴, attraverso il quale si consente a tutti di ottenere le informazioni detenute dalle Pubbliche Amministrazioni relative all'ambiente, senza indicare le motivazioni a fondamento della richiesta.

2. Il Freedom of Information Act statunitense.

Un rilevante mutamento della storia della trasparenza avvenne cinquanta anni fa, quando gli Stati Uniti approvarono il *Freedom of Information Act* (Foia), favorendo, in tutto il mondo, la diffusione dell'istituto dell'accesso civico alle informazioni.

Il Foia statunitense, approvato nel 1966, fu il frutto di un contrasto durato dodici anni tra il parlamentare democratico John E. Moss e il suo partito di appartenenza.

Il presidente democratico Lyndon B. Johnson, che lo firmò il 4 luglio dello stesso anno, era originariamente contrario all'idea di una società aperta alla base della legge.

Questa fu l'epilogo di un contratto originato nel 1953 quando l'avvocato Harold L. Cross pubblicò il rapporto *The People's Right to Know*¹⁵ commissionatogli dall'Asne, la società americana dei giornalisti dei quotidiani, allora presieduta da James Pope.

Cross riportò le parole di Patrick Henry, uno dei padri della Rivoluzione americana, per dare maggiore forza alle sue tesi: “coprire con un velo di segretezza le quotidiane attività (del governo) è un abominio agli occhi di ogni uomo intelligente”. Questo sarà il concetto alla base del Foia americano.

¹³ Il testo della direttiva è consultabile al link: www.publications.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/65bee8e7-6e37-49c9-a431-67083fe22157/language-it/format-PDF/source-16801.

¹⁴ Il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195 è consultabile al link: www.normativa.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2005-08-19;195.

¹⁵ H. L. CROSS, *The People's Right to Know: Legal Access to Public Records and Proceedings*, Columbia University Press, New York, 1953.

La strategia politica che accompagnò tale concetto nacque da John E. Moss, un deputato californiano fortemente interessato ai diritti civili¹⁶. Moss fu a capo della nuova sottocommissione sull'informazione del governo e, dal novembre del 1955, inaugurò un calendario di audizioni parlamentari volte a scardinare la *silly secrecy*: la segretezza che pervade tutti i rami della macchina amministrativa.

Il rapporto pubblicato dalla sottocommissione Moss nel 1956 fotografò una burocrazia che non divulgava i propri documenti.

Moss propose quindi i punti fondamentali di quello che diventerà, dieci anni più tardi, il Freedom of Information Act: il pieno accesso alle informazioni detenute dal governo a tutti i suoi livelli, la possibilità di fare ricorso davanti a un tribunale per un accesso negato e l'eventuale onere per l'Amministrazione di dimostrare che il documento deve rimanere riservato.

L'amministrazione Eisenhower respinse ogni proposta di legge e il dipartimento della Giustizia giunse a definire incostituzionale l'idea stessa di diritto di accesso.

La Costituzione americana non garantì il diritto di accesso alle informazioni da parte dei cittadini e l'introduzione di questo principio richiese un allineamento politico singolare.

John Fitzgerald Kennedy, arrivato alla Casa Bianca nel 1961, ne fu un convinto sostenitore e legò con Moss ma la tragica morte nel 1963, che consegnò la presidenza al suo vice, Lyndon B. Johnson, mise il deputato in una posizione difficile.

Nel 1965 il giovane repubblicano Donald Rumsfeld si fece assegnare alla sottocommissione di Moss. Questi cavalcò il tema del Foia - anche per scopi politici - e, nella primavera del 1966, procurò a Moss i voti di Gerald Ford, allora a capo della minoranza repubblicana, e di Joseph McCarthy.

Johnson firmò la legge nella notte del 4 luglio¹⁷, giorno della festa dell'indipendenza¹⁸.

Dal 1966 ad oggi il Foia è stato più volte modificato¹⁹.

Negli Usa si è registrato un aumento di risposte insoddisfacenti alle richieste Foia presentate da cittadini e giornalisti.

¹⁶ Moss sarà il padre del Consumer Product Safety Act e di molti altri provvedimenti normativi per la tutela dei consumatori e investitori.

¹⁷ La copia del Foia statunitense varata nel 1966 è consultabile al link: www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-80/pdf/STATUTE-80-Pg250.pdf.

¹⁸ Maggiori informazioni sono reperibili al link: www.nsarchive.gwu.edu/NSAEBB5554-FOIA@50/.

¹⁹ A riprova dell'importanza dell'istituto americano, queste rivelazioni sono state al centro di un documentato scoop del giornalista Jason Leopold che ha ottenuto le prove proprio grazie ad una richiesta di accesso alle informazioni basata sul Foia. J. LEOPOLD, *It took a Foia Lawsuit to Uncover How the Obama Administration Killed Foia Reform*, Vice News, 9 marzo 2016.

In questi anni il Foia statunitense ha comunque funzionato bene, permettendo, ad esempio, a giornalisti e cittadini di conoscere che Edward Snowden ha rivelato le pratiche di sorveglianza illegittime dell'Nsa²⁰.

Nonostante le perplessità di alcuni rami dell'Amministrazione, al presidente Obama va riconosciuto di avere firmato, a pochi mesi dalla conclusione del suo ultimo mandato, una riforma del Foia senza precedenti. Oltre a rendere gratuite tutte le richieste, il nuovo Foia impone a tutte le Amministrazioni federali di valutare partendo da un presupposto di trasparenza e trasforma www.foia.gov in un portale unico per la richiesta dei documenti, dà più potere ai Foia *commissioner* e rafforza il ruolo della società civile nella valutazione delle misure relative al Foia.

3. La genesi e il percorso della trasparenza nell'ordinamento giuridico italiano

In Italia il percorso della trasparenza amministrativa è stato tortuoso.

All'inizio del novecento Filippo Turati dedicò alla trasparenza uno dei suoi discorsi più celebri: “Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro”²¹. Si tratta di una metafora che, nei secoli successivi, venne utilizzata da molti nel dibattito politico ma senza che questo si traducesse nella promulgazione di atti normativi conseguenti.

Di maggiore trasparenza ci sarebbe stato bisogno, così come è dimostrato da una delle prime grandi sfide del nostro paese: il conflitto del 1915-1918.

In mancanza di norme sulla trasparenza, fu necessario istituire una Commissione parlamentare d'inchiesta sulle spese di guerra che verificò numerosi casi di illecito²². La Commissione concluse la sua opera nel 1922, anno di ascesa al potere di Benito Mussolini e dell'inizio di un periodo nemico della trasparenza.

Concluso il ventennio fascista, il tema fu riproposto davanti all'Assemblea costituente.

La Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, istituita nel 1945 e presieduta da Ugo Forti, segnalò nella sua relazione all'Assemblea costituente la necessità di affermare “il diritto del cittadino di avere visione e copia degli atti amministrativi” al fine di

²⁰ J. LEOPOLD, M. WHEELER, K. HENDERSON, *Exclusive: Snowden Tried to Tell Nsa About Surveillance Concerns, Documents Reveal*, Vice News, 4 giugno 2016.

²¹ Il discorso di F. TURATI è reperibile in Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908 n. 22.962, 17 giugno 1908.

²² Maggiori informazioni sono reperibili al link: archivio.camera.it/patrimonio/archivio_della_camera_regia_1848_1943/are0210/documento/CD1800000676.

combattere “il mal vezzo esistente nell’amministrazione di ostacolare tale conoscenza”²³. La trasparenza, però, non entrò in Costituzione.

L’esigenza di affermare un diritto di accesso come principale strumento di realizzazione di un diritto all’informazione, concepito come diritto di libertà, diventava sempre più viva e, in tal senso, la Commissione parlamentare per le riforme istituzionali (Commissione Bozzi) propose, nel 1985, l’introduzione nella Costituzione di un art. 21-*bis* contemplante un diritto costituzionalmente riconosciuto all’informazione ed all’accesso ai documenti amministrativi.

Il diritto di accesso trovò, poi, negli anni ottanta, numerosi riconoscimenti seppur meramente platonici.

La ragione “politica” della legge sull’accesso si basa sulle dichiarazioni del Governo dell’agosto 1983, in cui veniva affermata la necessità di modificare un complesso di riforme istituzionali quale tema centrale della IX legislatura. Fra queste, particolare importanza assumeva la riforma della Pubblica Amministrazione lungo la triplice direttiva della democraticità, dell’efficienza e della semplificazione. In particolare era stata sottolineata l’esigenza di porre fine alla “imperscrutabilità dei comportamenti amministrativi” e di affermare il “diritto del cittadino all’acquisizione di dati e informazioni sul funzionamento dei servizi che lo interessano” in nome di un principio di “trasparenza”.

Veniva così enunciata la necessità di introdurre nel nostro ordinamento l’istituto del diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione²⁴.

Al di là delle aperture giurisprudenziali in tema di processo e di procedimento e nonostante le numerose enunciazioni legislative di principio, scarsamente effettive, l’ordinamento italiano, alla vigilia dell’entrata in vigore della l. n. 241 del 1990 era ancora ispirato al principio del segreto amministrativo.

Solo con questa legge venne introdotto, nel nostro ordinamento, l’istituto del diritto di accesso, salutato, da taluni, come fatto di rilevanza epocale.

In virtù di tale disciplina normativa, ciascuno può avere accesso esclusivamente ai documenti per i quali è portatore di un “interesse diretto, concreto e attuale” nell’ambito di uno specifico procedimento amministrativo che lo riguarda.

Nel corso del ventennio berlusconiano l’Italia è precipitata nelle classifiche internazionali in materia di trasparenza. Tale situazione è ascrivibile, probabilmente, ad interventi normativi che hanno ristretto l’applicazione delle norme sulla trasparenza. In tal senso, ad esempio, la previsione nel 2005 del Parlamento che ha modificato la l. n. 241 del 1990 e ha previsto

²³ *Relazione dell’Assemblea costituente*, stabilimento tipografico Fausto Failli, Roma 1946.

²⁴ Cfr. I.F. CARAMAZZA, M.G. MANGIA, In *Le Autorità Amministrative Indipendenti* a cura di G.P. CIRILLO e R. CHIEPPO, CEDAM, 2010, pag. 931 e ss.

espressamente che non fossero ammissibili le richieste di accesso ad atti amministrativi “preordinate a un controllo generalizzato dell’operato delle Pubbliche Amministrazioni”.

È stato necessario attendere la fine della seconda repubblica e l’arrivo del governo presieduto dal prof. Monti per ottenere nuove norme in materia. Anche in questo caso sono state numerose le difficoltà in materia di trasparenza e di lotta alla corruzione: il Parlamento ha approvato in tempi brevissimi norme impopolari, ha adottato la legge anticorruzione nel novembre del 2012 e il decreto sulla trasparenza nel marzo 2013, quando ormai il governo volgeva al termine. Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, viene annunciato come il “Foia italiano” ma, in realtà, si è trattato solo di una norma che ha introdotto un’importante mole di obblighi di pubblicazione sui siti web delle Pubbliche Amministrazioni.

Nel corso della successiva legislatura la trasparenza ha continuato a non essere una priorità, nonostante gli scandali quali, ad esempio, quello relativo agli episodi di corruzione per i lavori di Expo 2015 e alle inchieste sul Mose di Venezia.

A seguito di una campagna durata due anni, le richieste di coalizione sono state in parte accolte e il nostro paese, con l’approvazione del decreto legislativo 25 maggio 2016 n. 97, ha avuto il suo Foia.

3.1. L’evoluzione del concetto di trasparenza.

Storicamente si distingueva tra trasparenza “interna” e trasparenza “esterna”.

Nel primo caso l’Amministrazione risulta trasparente in quanto accessibile al suo interno, dall’alto verso il basso, “dallo sguardo del potere politico”; gli apparati amministrativi devono cioè, applicando la volontà del legislatore, lasciar filtrare senza distorsioni la volontà politica dal massimo livello decisionale fino al livello operativo.

A questa concezione si contrappone la visione di un’Amministrazione trasparente non soltanto per il potere, al suo interno e in senso verticale, ma anche, verso l’esterno e su un piano orizzontale, per i cittadini, destinatari dell’esercizio del potere pubblico, “la cui legittimazione sta alla fine proprio nel voto espresso dagli stessi amministrati in quanto elettori”²⁵. Vi è alla base di tale più evoluta impostazione la consapevolezza di un’amministrazione che non è più semplicemente “macchina dell’obbedienza”, ma che opera “non tanto e non solo nell’interesse

²⁵ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, op. cit., 5946 e 5947, secondo cui “l’amministrazione intesa come apparato servente del potere politico non è necessario che sia trasparente agli sguardi dell’opinione pubblica, anzi dal punto di vista di certi governati è meglio che non lo sia affatto; di qui la lunga persistenza nel nostro ordinamento del segreto d’ufficio. L’amministrazione al servizio della comunità non può essere opaca nei confronti di coloro che ne legittimano l’esistenza stessa”.

pubblico, ma nell'interesse del pubblico, della collettività, nelle sue varie configurazioni costituzionalmente riconosciute²⁶.

In tale ottica, propria di un sistema democratico e plurale, l'esercizio concreto del potere pubblico non ha più come sfondo un complesso di rapporti ordinato *ex ante*, ma si muove in un contesto di crescente differenziazione di interessi (pubblici e privati) meritevoli di considerazione e tutela, che rende necessarie "interazioni, negoziazioni, verifiche e confronti tra le diverse amministrazioni e tra queste i cittadini"²⁷.

La trasparenza intesa in senso moderno fonda, pertanto, il proprio necessario presupposto in una Amministrazione che rinviene nella comunità la propria fonte di legittimazione e si pone al suo servizio, ed è per questo obbligata ad assumere modelli organizzativi e forme comportamentali lineari, comprensibili, in modo da consentire che il cittadino possa essere ammesso pienamente all'esercizio della funzione amministrativa²⁸.

Le considerazioni che precedono rendono evidente come la trasparenza sia strettamente legata "all'idea di partecipazione e alla configurazione di quella amministrativa come attività necessariamente procedimentalizzata"²⁹.

In effetti, l'originaria emersione del principio sul terreno positivo – nel 1990 – e la sua precisazione per effetto di interventi successivi – nel 2005 – si compiono nell'ambito della legge generale sul procedimento amministrativo, che fa propria una concezione per la quale la trasparenza è posta sia a garanzia del buon andamento dell'Amministrazione, sia a tutela del privato nei confronti dell'amministrazione, come strumento di difesa e mezzo di partecipazione individuale.

La "mutazione genetica"³⁰ del concetto si è realizzata in un momento successivo, con il decreto legislativo 27 ottobre 2009 n. 150³¹ e, poi, con il decreto legislativo 14 marzo 2013 n.

²⁶ L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, 49 e ss.

²⁷ L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, op. cit., 48. Tale passaggio postula un'evoluzione dell'impostazione generale sull'amministrazione, la quale non si trova più ad essere valutata e legittimata unicamente per il rispetto "legalistico" delle norme, fondamento e limite del potere ma, come esito di uno sviluppo di un modello costituzionale di amministrazione attenta alle esigenze dei destinatari della propria azione, si legittima in un'ottica di risultato, ovvero nella prospettiva della soddisfazione concreta degli interessi pubblici in relazione ai quali essa stessa è in rapporto di servizio rispetto ai governati. Così S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della trasparenza amministrativa*, in *Jus-online*, 3/2015, 5.

²⁸ M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, 137.

²⁹ A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, 6.

³⁰ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, 3.

³¹ Recante "attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni", pubblicato nella G.U. del 31 ottobre 2009, n. 254.

33³², che hanno attribuito al principio di trasparenza un significato definito, che ne conferma la specificità rispetto ai principi di accesso e pubblicità, assumendo un contenuto identificabile nell'effettiva visibilità e comprensibilità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa³³.

In particolare, il d.lgs. n. 150 del 2009, che all'art. 3 indica tra i principi generali “la trasparenza dei risultati delle amministrazioni pubbliche e delle risorse impiegate per il loro perseguimento”, fornisce al successivo art. 11 una esplicita definizione di trasparenza come “accessibilità totale” delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali ed all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti”.

Configurata come accessibilità ad una serie di dati tendenzialmente omnicomprensivi sull'azione e sull'organizzazione delle Amministrazioni³⁴, questa posizione in capo a ciascun cittadino è dichiaratamente volta, diversamente da quanto previsto per l'accesso documentale, “a favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità” e viene qualificata come livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione³⁵.

La giuridicizzazione di un tale ambito di trasparenza conferma la distanza, sul piano del diritto positivo, tra accesso e trasparenza, in quanto il primo, come posizione qualificata da un criterio di collegamento specifico tra il richiedente l'accesso e il dato che si vuole conoscere, non ha evidentemente spazio per operare laddove quel dato sia pubblico perché accessibile all'intera collettività³⁶.

Questa nuova accezione del principio è stata fatta propria e sviluppata dal d.lgs. n. 33 del 2013 che, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 35, della legge anticorruzione n. 190 del 2012, ha ridefinito gli obblighi di trasparenza delle Pubbliche Amministrazioni.

Il d.lgs. 33 del 2013 ha affermato che la trasparenza “concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione”. Si precisa, poi, che “essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali”, integrando “il diritto ad una buona

³² “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”, in G.U. n.80 del 5 aprile 2013, titolo sostituito

³³ F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 3/4, 2013, 16.

³⁴ F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, op. cit., 16.

³⁵ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, op. cit.

³⁶ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, op. cit.

amministrazione” e contribuendo a realizzare un modello più evoluto di amministrazione “aperta” e “al servizio del cittadino” (art. 1, comma 2).

Infine stabilisce che le disposizioni in materia di trasparenza e di obbligo di informazione “integrano l’individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione” e che esse sono da considerarsi centrali per l’organizzazione e la gestione del sistema informativo pubblico in quanto costituiscono “esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell’amministrazione statale, regionale e locale” (art. 1 comma 3)³⁷.

Emerge quindi la declinazione del principio secondo una duplice accezione: da un lato, la trasparenza è riferita agli obiettivi della prevenzione e del contrasto dei fenomeni corruttivi e della valutazione dei dipendenti pubblici; dall’altro, “la trasparenza viene ricondotta al piano dell’amministrazione attiva come principio rivolto a migliorare il rapporto fra amministrazione e cittadini, a porre le basi per un dialogo più consapevole fra essi e a creare quindi le condizioni per una partecipazione più significativa, idonea a realizzare un’amministrazione al contempo più efficiente ed efficace nel raggiungere i risultati che le sono richiesti e più aperta e più capace di coinvolgere le risorse partecipative della società nella soluzione dei problemi di interesse generale”³⁸.

L’orientamento del principio a tutela dei diritti dei cittadini e alla promozione della partecipazione degli interessati è il risultato delle modifiche intervenute anche al fine di richiamare il “valore fondante in sé della partecipazione dei cittadini, come mezzo di esplicazione dei diritti riconosciuti dall’articolo 2 della Costituzione”, nonché di realizzare un allargamento delle “posizioni soggettive” presidiate dalla trasparenza che costituiscono un “assai più ampio ventaglio” rispetto ai soli “diritti fondamentali” considerati come esclusivo oggetto di tutela nel testo preliminare del decreto³⁹.

Il riferimento alla “partecipazione degli interessati” tende a valorizzare il legame profondo fra trasparenza e partecipazione, in funzione di controllo diffuso e di prevenzione di fenomeni di cattiva amministrazione.

Una simile constatazione induce a confermare l’opinione secondo cui la correlazione tra procedimento amministrativo e trasparenza non deve essere sottovalutata.

³⁷ M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 3/4, 2013, 661.

³⁸ M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, op.cit., 662.

³⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, parere n. 515 del 24.02.2016, in particolare punto 7.

Permane infatti un legame profondo tra trasparenza, partecipazione procedimentale e partecipazione popolare come funzione di controllo sociale. Cosicché “se la trasparenza si realizza come accessibilità del procedimento è cosa diversa da quella come funzione generalizzata di controllo sociale è anche vero che quest’ultima non sarebbe stata possibile senza la prima”⁴⁰.

La trasparenza può diventare “un punto di confluenza” dei principi giuridici, costituzionalmente posti, dell’azione amministrativa (dal buon andamento all’imparzialità, al rispetto del cd. “principio di legalità sostanziale”, al metodo di partecipazione democratica), dal quale derivano istituti giuridici che possono essere considerati come diretti a realizzare la trasparenza.

In altri termini, se l’interesse pubblico non può essere rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce in concreto il risultato di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti delle comunità, è necessario “rendere visibile” il modo di formazione dell’interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell’atto, nonché ‘rendere conoscibili’ i dati di base, i presupposti da cui muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate. Ciò al fine di realizzare una democrazia intesa come “regime del potere visibile”⁴¹.

La trasparenza si pone, allora, non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma anche come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla Pubblica Amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una ‘casa di vetro’, nell’ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall’articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri.

Per altro verso, sembra che il richiamo alla tutela dei diritti dei cittadini ponga in risalto come “la trasparenza non è preposta alla soddisfazione di insaziabili esigenze informative, ma integra un vero e proprio metodo di Amministrazione, teleologicamente preordinato alla protezione effettiva di concreti beni della vita sia da parte dei soggetti agenti, sia da parte dei destinatari ultimi dell’attività”. Ne deriva che “la sua realizzazione, per l’elevato tasso di effettività e realismo che la connota, non possa aver luogo con modalità formalistiche” o esse stesse burocratiche ma debba tendere “al conseguimento di quella comprensione che si erge a risultato imprescindibile dell’applicazione del principio”⁴².

⁴⁰ A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, op. cit., 7.

⁴¹ Secondo la definizione di Norberto Bobbio.

⁴² Così M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell’azione amministrativa*, op. cit., 151, ss.

3.2. L'innovazione epocale introdotta dalla l. 7 agosto 1990, n. 241

A partire dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, nella quale il diritto di accesso trova la propria disciplina generale, e fino alla legge delega 7 agosto 2015, n. 124 e al decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, transitando per la legge 6 novembre 2012, n. 190 e il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, l'istituto ha pervaso tutto il diritto amministrativo.

Quel che nasceva come una “semplice apertura, in una visione di dialettica paritaria, nei confronti e a favore del privato, ha finito con l'investire direttamente e totalmente la Pubblica Amministrazione, mettendo in evidenza come il suo operato debba risultare trasparente per tutti i cittadini”⁴³.

L'approvazione e la gestazione della l. n. 241 del 1990 recante *Norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* sono state accompagnate – per quanto attiene all'accesso – da reazioni contrastanti.

Infatti, alle entusiastiche affermazioni di chi considerava tale legge una tappa fondamentale per la soluzione dei problemi derivanti dal divenire dei rapporti fra cittadino e Pubblica Amministrazione⁴⁴ o addirittura la più importante riforma dell'Amministrazione fatta dall'ordinamento repubblicano⁴⁵, si contrapponevano le preoccupazioni di chi riteneva che le strutture non troppo efficienti del nostro apparato amministrativo fossero inadeguate alla portata “dirompente”⁴⁶ della legge sull'accesso.

Al di là di ogni emotività, è innegabile che la legge generale sul procedimento amministrativo costituì una grande evoluzione nel processo di adeguamento ai principi costituzionali della normativa che regola i rapporti tra Amministrazione e cittadini⁴⁷.

Nella ricerca del punto di equilibrio fra garanzia ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa, assunse un ruolo significativo il principio di trasparenza in quanto rappresentativo del punto di confluenza delle regole dell'azione amministrativa costituzionalmente garantite (buon andamento, imparzialità, legalità e metodo della

⁴³T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 4 marzo 2015, n. 360.

⁴⁴S. PIRAINO, *La trasparenza dell'azione amministrativa: diafanità di un concetto*, in *Nuova Rass.*, 1981, 263 ss.

⁴⁵S. LABRIOLA, citato in F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (l. 7 agosto 1990, n. 241)* in *Dir. proc. amm.*, 1992, 56.

⁴⁶G. PASTORI, *Relazione generale introduttiva*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, (Atti del XXXII convegno di studi di scienza dell'amministrazione) Varenna Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, 43.

⁴⁷Cfr. I.F. CARAMAZZA, M.G. MANGIA, In *Le Autorità Amministrative Indipendenti* a cura di G.P. CIRILLO e R. CHIEPPO, CEDAM, 2010.

partecipazione democratica) ossia un risultato al cui raggiungimento cospirano e concorrono strumenti diversi⁴⁸.

La l. n. 241 del 1990 fu una legge di principio che introdusse nel nostro ordinamento l'istituto del procedimento amministrativo come regola generale dell'azione pubblica e ciò faceva disciplinandolo nella sua più moderna accezione. Infatti, esso non era più concepito, come all'origine, in funzione servente dell'atto che ne costituisce il prodotto, come teorizzato da Sandulli nella sua famosa e fondamentale monografia del 1940⁴⁹, né come forma di esercizio dell'autorità – o sua “epifania” – per garantire il corretto svolgersi della funzione, come proposto da Benvenuti⁵⁰, ma costituiva ormai sostanza di organizzazione dell'azione pubblica, non più sorretta dal principio di autorità, ma regolata da quelli di pluralismo, consenso, partecipazione, nell'ottica fatta propria da Nigro⁵¹ (non a caso presidente della Commissione di studio che preparò i testi che dovevano poi diventare – con qualche modifica – la l. n. 241 del 1990).

La legge sul procedimento era completata dall'introduzione, nel nostro ordinamento, del diritto di accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione, istituto che segnava il passaggio dal regime del segreto amministrativo a quello della trasparenza, che pure comporta l'adozione di regole dell'azione amministrativa.

La legge era scritta secondo i canoni della buona tecnica legislativa: pochi articoli, con pochissimi commi, tutti brevi e chiari e che enunciavano i principi e le regole base degli istituti introdotti.

Gli anni successivi trasformarono la l. n. 241 del 1990, autorevolmente definita “uno statuto chiaro e leggero” in un “contenitore sempre più appesantito e complicato di regole dell'azione amministrativa”⁵².

La l. n. 124 del 2015 (intitolata “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”) procede in linea di massima nella stessa direzione, per la parte che interessa le regole dell'azione amministrativa, novellando alcuni articoli della l. n. 241 del 1990, senza contenere – salvo che nei casi relativi alla trasparenza e all'accesso – alcuna di quelle innovazioni di principio che caratterizzarono la l. n. 241 del 1990⁵³.

⁴⁸ S. PIRAINO, *op. cit.*

⁴⁹ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

⁵⁰ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 1.

⁵¹ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Atti dell'incontro di studi: “l'azione amministrativa fra garanzia ed efficienza”*, Roma 29 marzo 1980, Fornez, 1981, 28.

⁵² M. LIPARI, *La S.c.i.a. e l'autotutela nella L. n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 21 ottobre 2015.

⁵³ I.F. CARAMAZZA, *Relazione presentata al Convegno di studi così intitolato organizzato dalla Società italiana degli Avvocati amministrativisti e tenutosi a Roma presso l'Avvocatura Generale dello Stato l'11 dicembre 2015 in occasione del conferimento del premio Aldo M. Sandulli 2015.*

4. La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi

La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi fu istituita nel 1991 e nominata con decreto del Presidente della Repubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 27 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 - al fine di garantire l'attuazione del principio di conoscibilità dell'azione amministrativa - con compiti di controllo dell'attività amministrativa e di cooperazione con essa, di riflessione ed elaborazione dell'esperienza strumentali allo stimolo di interventi legislativi.

Un garante volto a costituire “un luogo di sintesi dei problemi applicativi” dotato anche “della capacità di innescare impulsi dinamici nel processo di radicamento del nuovo principio”⁵⁴.

Il Presidente della Repubblica nominava i suoi componenti su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio dei Ministri.

La presidenza della Commissione era attribuita al sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio *pro tempore* e i membri che la componevano erano sedici, dei quali due senatori e due deputati designati dai Presidenti delle rispettive Camere, quattro scelti fra il personale di cui alla legge 2 aprile 1979, n. 97, su designazione dei rispettivi organi di autogoverno, quattro fra i professori di ruolo in materie giuridico - amministrative e quattro fra i dirigenti dello Stato e degli altri enti pubblici.

I componenti duravano in carica tre anni, tranne il Presidente e i parlamentari per i quali era prevista la decadenza, in caso di scadenza del mandato parlamentare o di scioglimento della camera di appartenenza nel corso del triennio.

Funzioni fondamentali attribuite dalla legge alla Commissione erano quelle di vigilanza, di referto e di proposta.

La prima concerneva il principio di piena conoscibilità dell'azione amministrativa⁵⁵ e, a suo supporto, venivano attribuiti alla Commissione poteri strumentali quali quello ispettivo su tutti i dati e le informazioni posseduti da tutte le Pubbliche Amministrazioni.

Strumento a supporto della funzione di vigilanza era un archivio⁵⁶ dei regolamenti riguardanti il diritto di accesso e, in particolare, i casi di esclusione previsti dall'art. 24, comma 4, della legge che tutte le Amministrazioni avevano il dovere di adottare.

⁵⁴ M. ARSI', *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 1995, 2896.

⁵⁵ La funzione di vigilanza è esercitata nei confronti di tutte le Amministrazioni. Sul punto si è espresso il C.d.s. parere 13 febbraio 2006, n. 3586 del 2005 alternando che tale funzione garantisce i livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritto d'accesso. Il Cons. St. ha concluso che la titolarità in capo alla Commissione di questa funzione non lede l'autonomia delle regioni e degli locali in conformità a quanto previsto dalla l. n. 241 del 1990, che prevede che tali enti possano adoperarsi al fine di garantire livelli ulteriori di tutela.

⁵⁶ Archivio istituito dall'art. 10 del regolamento d.p.r. 17 giugno 1992, n. 352.

Erano poi previsti l'archivio delle istanze di accesso e quello centralizzato presso la Presidenza del Consiglio organizzato sulla base di apposite direttive della Commissione.

Secondo autorevole dottrina⁵⁷, collegato al potere di vigilanza era quello di referto: la Commissione presentava al Parlamento e al Presidente del Consiglio una relazione annuale sulla trasparenza.

Tale potere conteneva implicitamente un potere di denuncia delle inadempienze più gravi operate delle Amministrazioni.

Inoltre, la legge prevedeva un potere di proposta al Governo di nuovi testi legislativi e regolamentari.

Funzioni ulteriori furono poi assunte *praeter legem* dalla Commissione per via regolamentare e giurisprudenziale.

Infine, la Commissione si auto-attribuì un ulteriore allargamento della funzione consultiva, ritenendosi legittimata a rendere pareri anche a richiesta di privati esercitando così, nei confronti delle Amministrazioni, una "*moral suasion*" non di rado efficace⁵⁸.

La Commissione, poi, impartì direttive alle Pubbliche Amministrazioni in funzione di coordinamento in materia di accesso.

La dottrina tradizionale ha individuato nel modello francese della *Commission d'accès aux documents administratifs*, istituito dalla legge francese del 1978, l'organo ispiratore del legislatore italiano in virtù di un ipotizzato "appiattimento" su di un modello ritenuto più adattabile alla nostra realtà amministrativa⁵⁹.

In tale tesi vi è indubbiamente del vero, considerata anche la più generale derivazione di tanti nostri istituti da quelli d'oltralpe.

Altro modello straniero ispiratore fu quello del difensore civico⁶⁰.

⁵⁷ M. OCCHIENA, *I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare la funzione giustiziale ex l. n. 241 del 1990 e d.p.r. n. 184 del 2006*, in *Giust. Amm.*, 2006, 1243.

⁵⁸ I.F. CARAMAZZA, M.G. MANGIA, In *Le Autorità Amministrative Indipendenti* a cura di G.P. CIRILLO e R. CHIEPPO, CEDAM, 2010, pag. 939.

⁵⁹ M.ARSI, *op. cit.*, 2896 nota (5).

⁶⁰ Il momento storico in cui la Commissione Nigro completava il suo progetto di legge coincide, infatti, con la fine di un periodo che vide l'irraggiamento nel mondo, dell'istituto dell'*Ombudsman*, da considerare come istituto paragiurisdizionale. E' un irraggiamento singolare, paragonabile soltanto a quello del Consiglio di Stato francese a cavallo del 1900 e che però ha la caratteristica di innestarsi in sistemi giuridici diversissimi fra loro, alcuni dei quali scarsamente compatibili con l'istituto stesso. L'*Ombudsman*, nella sua originale configurazione svedese, si colloca infatti orizzontalmente attraverso i tre poteri tradizionali, derivando la propria legittimazione dal legislativo ed operando attraverso l'adozione di provvedimenti che hanno natura di atti amministrativi ma i cui effetti equivalgono a quelli delle sentenze, in quanto la funzione svolta si risolve, in sostanza, nella protezione dell'amministrato nei confronti della Pubblica Amministrazione. (Cfr. Atti dell'incontro di studio in memoria del prof. Arturo Carlo Jemolo su "L'istituzione del difensore civico nell'ordinamento italiano", in *Rass. Avv. Stato*, 1982, II, 49 ss).

4.1. Le riforma del 2005 e le nuove funzioni della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi

Le leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80 hanno incisivamente novellato la legge sul procedimento e sull'accesso.

In particolare la disciplina relativa alla Commissione ha mutato competenza alla nomina, incardinamento organizzativo, composizione e funzioni.

Il potere di nomina è passato dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Relativamente all'incardinamento organizzativo, mentre la previgente normativa prevedeva che gli oneri per il funzionamento della Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio fossero a carico del relativo stato di previsione, l'attuale normativa prevede che una struttura della Presidenza del Consiglio (attualmente il Dipartimento per il Coordinamento amministrativo) costituisca il supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione, che il capo di tale struttura sia membro di diritto della Commissione e che la Commissione stessa possa avvalersi di un numero di esperti non superiore a cinque nominati ai sensi dell'art. 29 della legge 23 agosto 1988, n. 400, dunque incardinati come consulenti nella Presidenza del Consiglio.

Quanto alla composizione della Commissione si è osservata una riduzione del numero dei componenti in un'ottica di semplificazione e razionalizzazione.

Si è assistito, poi, ad un'innovazione di tipo sistemico in relazione alla funzione di vigilanza (d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 che ha sostituito ed abrogato il d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352) e ad un'innovazione sostanziale consistente nell'attribuzione di una nuova funzione giustiziale⁶¹.

A seguito delle modifiche introdotte dall'articolo 27 della legge n. 241 del 1990 e dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, recante *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia”* è stata prevista un'ulteriore riduzione a soli dieci membri – oltre al Presidente - dei componenti della Commissione e l'abrogazione del quorum di sette componenti, precedentemente previsto per la regolarità delle sedute.

La Commissione è divenuta l'organismo preposto alla vigilanza sull'attuazione del principio della piena conoscibilità e trasparenza dell'attività della Pubblica Amministrazione al quale possono rivolgersi privati cittadini e Amministrazioni.

⁶¹ Rimangono invariate la funzione di referto e di proposta.

La legge 11 febbraio 2005, n. 15, di modifica e integrazione della legge generale sul procedimento amministrativo, ha attribuito nuovi poteri alla Commissione conferendo maggiore efficacia al suo ruolo.

Con l'entrata in vigore del D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, il lavoro della Commissione per l'accesso si è gradualmente sviluppato: le sedute plenarie si svolgono con cadenza mensile (salvo il mese di agosto in cui la Commissione sospende i propri lavori) e si è accresciuto considerevolmente il numero dei pareri resi e dei ricorsi decisi relativi a fattispecie sempre più varie.

Le decisioni della Commissione costituiscono sempre più un precedente che influenza e orienta l'attività delle Pubbliche Amministrazioni in materia di accesso.

L'operato della Commissione contribuisce al dialogo e al confronto tra cittadini e Amministrazione al fine di realizzare i principi di controllo democratico, di tutela dei diritti, di trasparenza e imparzialità stabiliti dalla Costituzione e dalla legge n. 241 del 1990.

Negli anni l'attività giustiziale della Commissione è costantemente aumentata.

Il ricorso alla Commissione è disciplinato dall'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990, così come modificato dalla legge n. 15 del 2005, a norma del quale, in caso di diniego ovvero di differimento dell'accesso opposto da Amministrazioni statali, centrali o periferiche, il richiedente può adire la Commissione in aggiunta al ricorso giurisdizionale.

Il ricorso deve essere presentato alla Commissione, a pena di irricevibilità (art. 12, comma 7, lett. a), D.P.R. n. 184 del 2006), nel termine di trenta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento di diniego o di differimento, ovvero dalla formazione del silenzio rigetto sulla richiesta di accesso (art. 12, comma 2, D.P.R. n. 184 del 2006), mediante invio di una raccomandata con avviso di ricevimento, o a mezzo fax, o per via telematica in conformità alla normativa vigente (art. 12, comma 1).

Il procedimento è veloce e agevole: la decisione della Commissione è comunicata alle parti e al soggetto che ha adottato il provvedimento impugnato nel termine di trenta giorni, decorsi i quali si forma il silenzio-rigetto.

Per univoca giurisprudenza, il ricorso alla Commissione si qualifica come ricorso gerarchico improprio in quanto rivolto a un organo amministrativo non originariamente competente, né legato a quello competente da una relazione organica di sovraordinazione.

In proposito si richiama la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938 secondo cui non sussiste *“in astratto alcun motivo di ordine giuridico per escludere che in materia d'accesso sia ammissibile un ricorso di tipo amministrativo, comunque configurato o denominato (riesame, ricorso gerarchico proprio, ricorso gerarchico improprio, ecc.). E d'altra*

parte questa è sicuramente l'intenzione del legislatore, che nell'attuale testo dell'art. 25 della legge n. 241/90 ha previsto un ricorso amministrativo al difensore civico (che si configura come una sorta di ricorso gerarchico improprio) e che nell'Atto Senato n. 1281 ha previsto anche un analogo ricorso amministrativo alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 27 della legge stessa (anch'esso configurabile come ricorso gerarchico improprio)".⁶²

Il Supremo Consesso Amministrativo, con la richiamata decisione, ha avuto modo, altresì, di chiarire che: *“avverso tale conclusione non sussistono, del resto, neppure motivi di carattere più generale, dal momento che ritenere ammissibile anche un rimedio di tipo amministrativo favorisce l'esercizio effettivo del diritto d'accesso del cittadino nei confronti dell'amministrazione, tenuto anche presente il non trascurabile costo di un eventuale ricorso giurisdizionale, mentre l'indirizzo opposto favorisce quella situazione di “silenzio ostilmente preordinato” a favorire l'opacità dell'azione amministrativa, che la giurisprudenza di questo Consiglio ha da tempo stigmatizzato. Di conseguenza, attesa la dichiarata finalità di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale, la scelta interpretativa non può che essere nel senso dell'ammissibilità, tenuto anche conto della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, secondo cui l'autorità adita dovrebbe assicurare tutte le utilità di sua competenza senza che si debba ricorrere ad una sede superiore”*.

Anche il T.A.R. del Lazio - Roma, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 3675 ha aderito alla tesi che assegna a tale rimedio natura di ricorso amministrativo, osservando come le norme di legge e regolamentari che delineano il procedimento innanzi alla Commissione configurano un *iter* di tipo giustiziale.⁶³

Si riscontra invece una parziale discrasia fra le funzioni attribuite alla Commissione per l'accesso e la sua veste formale.

⁶² L'Atto del Senato n. 1281, al quale fa riferimento la sentenza, divenuto poi la legge n. 15 del 2005, definisce esso stesso il ricorso alla Commissione quale *ricorso gerarchico improprio*, e, la relativa procedura, di carattere *giustiziale*. Infatti, come si legge nel testo dell'Atto, *“Gli inconvenienti e le lacune riscontrate nella sua attività e segnalate ripetutamente nelle relazioni annuali presentate al Parlamento nell'esercizio delle competenze di referto, attribuite dall'articolo 27 della legge, hanno indotto a formulare alcune proposte di modifica, in particolare, mediante la previsione di un ricorso gerarchico improprio nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato; con ciò affiancandosi, ed anzi illustrandone meglio il contenuto, alla procedura giustiziale già prevista dinanzi al difensore civico”*.

⁶³ Il T.A.R. Lazio, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 3675, in particolare, ha osservato che: *“il trasferimento in sede giurisdizionale di una controversia instaurata in sede gerarchica possa avvenire solo quando il procedimento giustiziale sia stato correttamente instaurato, ciò discendendo dalla necessità di evitare facili elusioni del termine decadenziale previsto per l'esercizio dell'azione innanzi al giudice. Tale principio è applicabile anche all'actio ad exhibendum in quanto, come chiarito da Cons. Stato, Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, la natura impugnatoria del relativo ricorso prescinde dalla natura della situazione giuridica soggettiva sottostante”*.

Ha aggiunto, inoltre che: *“verificata la rituale introduzione del rimedio da parte del giudice anche dell'originario provvedimento impeditivo dell'accesso - se, beninteso, la relativa domanda faccia parte del petitum - ciò potendosi desumere: a) dal tenore dei ridetti commi 4 e 5 dell'art. 25, dai quali risulta che l'azione giurisdizionale ha ad oggetto le “determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso” ancorché sia stata previamente adita la Commissione; b) in via sistematica, dalle finalità di semplificazione e di favor perseguite dalla normativa in esame, dovendosi altresì tener conto della circostanza che l'accesso ai documenti amministrativi attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.”*

La Commissione è nominata dal Presidente del Consiglio dei Ministri ed è incardinata nella struttura burocratica della Presidenza. Nondimeno, il convergente riconoscimento in giurisprudenza della natura del ricorso alla Commissione quale ricorso gerarchico improprio non può che riflettersi sulla natura giuridica della medesima.

E' stata anche ipotizzata la configurazione della Commissione come Autorità indipendente, in quanto le funzioni svolte comportano una posizione di imparzialità. Tuttavia, la riforma del 2005 (pur avendo introdotto mutamenti che potenziano le caratteristiche di neutralità e paragiurisdizionalità della Commissione) non ha riconosciuto esplicitamente la natura di Autorità indipendente della stessa.

In tale prospettiva alla Commissione sono state assegnate funzioni giustiziali, con finalità deflattive del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso.

Coerentemente con tali finalità, la riforma del 2005 ha equiordinato la Commissione al Garante per la protezione dei dati personali (cioè ad una Autorità indipendente) in caso di interferenza fra i relativi procedimenti: infatti, nei ricorsi presentati innanzi alla Commissione può essere richiesto il parere al Garante e viceversa.⁶⁴

Con la legge del 2005 è stata modificata la composizione della Commissione, attraverso la riduzione da quattro ad uno dei membri rappresentanti del potere esecutivo e da quattro a due dei membri rappresentanti dell'accademia, mentre è rimasta invariata la rappresentanza dei poteri legislativo e giudiziario e la competenza alla loro designazione, con conseguente potenziamento delle caratteristiche di neutralità e imparzialità.

La composizione è stata ulteriormente ridotta nell'anno 2013 con la diminuzione da due ad uno i professori universitari e la soppressione di un dirigente ministeriale tra i suoi componenti⁶⁵.

Nonostante tale riduzione, il ruolo giustiziale della Commissione si è rafforzato e ad una parziale flessione nell'attività consultiva è corrisposto un incremento del numero dei ricorsi decisi.

Negli anni si riscontrano rilevanti effetti deflattivi dell'attività giustiziale della Commissione sul contenzioso innanzi al giudice amministrativo, in materia d'accesso.

⁶⁴ Il comma 4 dell'art. 25 della legge n. 241 del 1990 stabilisce in particolare che: *“Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione”*.

⁶⁵ Per il dettaglio della composizione della Commissione per l'accesso nelle otto composizioni che si sono succedute dalla sua istituzione ad oggi vedi il precedente Capitolo 1.

La totale gratuità e celerità del procedimento, il numero elevato di decisioni e l'immediatezza della tutela hanno determinato una posizione di rilievo del ricorso alla Commissione che si aggiunge al ricorso al T.A.R..

La Commissione opera in totale assenza di poteri coercitivi, sostitutivi e sanzionatori che sarebbero invece necessari e auspicabili al fine di rendere effettiva la funzione di vigilanza svolta.

Pur non godendo formalmente di piene garanzie d'indipendenza e neutralità, la Commissione ha sempre svolto il suo compito in piena libertà e con totale imparzialità di giudizio, privilegiando interpretazioni estensive del diritto di accesso, nel solco della funzione di garante del principio di trasparenza, sia pure nella limitata accezione di cui alla legge n. 241 del 1990.

L'attività giustiziale della Commissione per l'accesso ha dunque contribuito al rafforzamento dei principi di trasparenza e all'interpretazione delle norme in materia d'accesso ai documenti in maniera sempre più estensiva.

Il ruolo attribuito alla Commissione dalla legge n. 241 del 1990 deve essere inquadrato nell'ambito del diritto dell'Unione europea e, in particolare, dell'obbligo di trasparenza volto a provare il rispetto delle norme fondamentali dell'U.E., quali quelli di non discriminazione in base alla nazionalità e della parità di trattamento, sanciti dagli articoli 12, 43 e 49 del Trattato.

Nel contesto europeo, infatti, le informazioni e i documenti in possesso delle Pubbliche Amministrazioni costituiscono un'opportunità piuttosto che un vincolo.

La direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 novembre 2003 esorta gli Stati ad un generale riutilizzo di tutti i documenti generalmente disponibili in possesso del settore pubblico, allo scopo consentire sia *“l'evoluzione verso la società dell'informazione e della conoscenza”* e *“alle imprese europee di sfruttarne il potenziale e contribuire alla crescita economica e alla creazioni di posti di lavoro”*.

L'interesse pubblico alla trasparenza legittima a chiunque l'accesso ai documenti dello Stato in possesso delle istituzioni europee anche nell'ipotesi in cui lo Stato ne abbia negato la divulgazione.

In definitiva, la Commissione si pone come struttura particolare nell'ordinamento giuridico italiano a garanzia del diritto di accesso dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione e dei soggetti privati gestori di pubblici servizi, ivi comprese le situazioni ad esso collegate quali la trasparenza e la tutela dei dati personali.

Attua in tal modo il principio della Costituzione che garantisce la tutela dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti della Pubblica Amministrazione.

Da ultimo il legislatore è intervenuto ampliando l'ambito e la portata del dovere di trasparenza delle Pubbliche Amministrazioni: si richiamano il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 e in particolare l'art. 11 che ha introdotto il principio della trasparenza organizzativa, nonché il d.lgs. n. 33 del 2013 che ha abrogato il citato articolo 11, riprendendone i principi e ampliandone la portata, attraverso l'introduzione del c.d. "accesso civico", poi modificato ed ampliato dalla legge n.150 del 2015 e dal d.lgs. n.97 del 2016⁶⁶.

4.2. La procedura per il ricorso alla Commissione per l'accesso (artt. 25, comma 4, L. 241 del 1990 e 12 D.P.R. 184 del 2006.

Nelle fattispecie di diniego, limitazione o differimento dell'accesso, i cittadini possono, entro trenta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento impugnato o dalla formazione del silenzio rigetto sulla richiesta di accesso, presentare ricorso alla Commissione ai sensi dell'articolo 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990.

Il procedimento è snello e richiede minime formalità.

Il ricorso può essere proposto alla Commissione per l'accesso da parte dell'interessato avverso il diniego espresso o tacito all'accesso, oppure avverso il provvedimento di differimento dell'accesso ed anche dal controinteressato all'accesso avverso le determinazioni che consentono l'accesso ed è completamente gratuito e non richiede particolari formalismi.

E' trasmesso mediante raccomandata o a mezzo telefax ovvero per via telematica alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. A pena d'inammissibilità, deve essere notificato agli eventuali controinteressati, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento o per via telematica, a mezzo posta elettronica certificata.

A pena d'irricevibilità, deve essere proposto nel termine di trenta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento impugnato o dalla formazione del silenzio-rigetto sulla richiesta d'accesso.

I controinteressati, nel termine di quindici giorni dall'avvenuta notificazione del ricorso, possono presentare alla Commissione le proprie controdeduzioni⁶⁷.

Nel termine di trenta giorni dalla presentazione il ricorso deve essere deciso. Decorso tale termine senza una pronuncia della Commissione il ricorso si intende respinto (c.d. silenzio-rigetto).

La Commissione per l'accesso:

1) dichiara irricevibile il ricorso proposto tardivamente:

⁶⁶Per un approfondimento sulla tematica vedi il Capitolo 11 di questa relazione
⁶⁷ Ai sensi dell'articolo 12, c. 2 del D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184.

- oltre il termine di trenta giorni dal diniego dell'accesso, espresso o tacito;

2) dichiara inammissibile il ricorso:

- proposto da soggetto non legittimato o comunque privo dell'interesse previsto dall'art. 22, comma 1, lettera b), della legge n.241 del 1990 (per interessati si intendono tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso);

- privo dei requisiti di cui al comma 3 dell'articolo 12 del D.P.R. 184 del 2006 (generalità del ricorrente; sommaria esposizione dei fatti e dell'interesse al ricorso; indicazione dell'indirizzo al quale far pervenire, anche per via telematica, le decisioni della Commissione)

- privo degli eventuali allegati indicati al comma 4 dello stesso articolo 12 (provvedimento di diniego d'accesso impugnato, salvo il caso di impugnazione di silenzio rigetto; ricevute dell'avvenuta notifica con spedizione con raccomandata con avviso di ricevimento, di copia del ricorso ai controinteressati all'accesso, ove individuati già in sede di presentazione della richiesta di accesso o comunque individuabili da parte del ricorrente al momento della presentazione del ricorso);

- per incompetenza, quando ha ad oggetto richieste di riesame di dinieghi di accesso degli enti locali, negli ambiti territoriali in cui è presente il difensore civico, almeno a livello regionale, o richieste di riesame di diniego di accesso civico ai sensi del d.lgs. n. 33 del 2013 che esulano dalla competenza della Commissione per espressa previsione di legge (dal d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n.87 del 2016 è prevista per tali gravami unicamente la competenza del difensore civico, in sede amministrativa e del TAR in sede giurisdizionale);

3) dichiara il ricorso improcedibile per cessata materia del contendere (ad esempio per rinuncia al ricorso o per consentito accesso da parte dell'Amministrazione resistente);

4) esamina nel merito e decide il ricorso, accogliendolo o rigettandolo, in ogni altro caso.

La decisione di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso non preclude la facoltà di riproporre la richiesta di accesso e quella di proporre il ricorso alla Commissione avverso le nuove determinazioni o il nuovo comportamento del soggetto che detiene il documento.

4.3. Gli effetti della decisione favorevole. La carenza di poteri coercitivi e/o sanzionatori in capo alla Commissione in caso di inadempienza o inerzia dell'Amministrazione resistente.

In caso di accoglimento del ricorso da parte della Commissione, ai sensi degli articoli 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990 e 12, comma 9 del D.P.R. n. 184 del 2006, grava sull'amministrazione resistente l'onere del riesame del diniego, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della decisione, nei sensi e nei limiti indicati nella decisione stessa.

All'esito del riesame, l'Amministrazione che ha adottato il provvedimento di diniego d'accesso (tacito o espresso) impugnato potrà emanare l'eventuale provvedimento confermativo motivato.

Per costante orientamento giurisprudenziale, la motivazione a sostegno della reiterazione del diniego d'accesso non può essere meramente confermativa dell'atto originariamente impugnato, ma deve dare conto in modo esplicito delle ragioni su cui si fonda il superamento dei rilievi contenuti nella decisione favorevole della Commissione per l'accesso.

Qualora l'Amministrazione resistente non emani il provvedimento motivato, confermativo del diniego, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione della Commissione per l'accesso, ai sensi dell'articolo 25, comma 4, della citata legge, l'accesso è consentito.

L'eventuale silenzio dell'amministrazione acquista dunque valore di silenzio assenso e l'accesso ai documenti non potrà più essere impedito.

In ipotesi di inadempienza o ritardo da parte dell'Amministrazione la Commissione è priva di efficaci poteri coercitivi: infatti, per ottenere l'ottemperanza all'obbligo di concedere l'accesso, il ricorrente dovrà necessariamente rivolgersi al T.A.R. in quanto la Commissione - nell'esercizio della propria attività consultiva o giustiziale - non può obbligare l'Amministrazione, difettando in capo alla prima poteri ordinatori nei confronti della P.A. (ex art. 25 L. n. 241/90).

La legge delega n. 124 del 2015 e il conseguente decreto delegato d.lgs. n. 97 del 2016 hanno introdotto nuovi principi in materia di accesso civico, inteso come diritto ad una accessibilità allargata da parte di tutti i cittadini non solo ai documenti e ai dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ma anche a tutte le informazioni, i dati e i documenti in possesso dell'Amministrazione non rientranti negli obblighi di pubblicazione e a prescindere dalla titolarità di un specifico interesse differenziato in capo al richiedente, purché la conoscenza di tali dati non determini pregiudizio per uno degli interessi superiori dello Stato, elencati all'articolo 5 del citato d.lgs. n. 97 del 2016 come cause di esclusione dall'accesso civico allargato e fatta salva la facoltà dei soggetti controinteressati all'accesso - cui l'Amministrazione

è tenuta a notificare le richieste di accesso civico generalizzato - di opporsi a tutela del proprio diritto alla riservatezza.

In tale ultimo caso l'amministrazione che detiene i dati o i documenti, prima di decidere se concedere l'accesso dovrà sentire il parere del Garante per la protezione dei dati personali. Tuttavia, il d.lgs. 97 del 2016 ha lasciata immutata la disciplina di cui al titolo V della legge n. 241 del 1990, richiamata come disciplina vigente per l'accesso ai documenti amministrativi da parte degli soggetti interessati senza dotare la Commissione di nuovi e più efficaci poteri. L'articolo 7 della citata legge delega prevedeva l'introduzione di sanzioni per la violazione degli obblighi di trasparenza contemplando, alla lettera g), l'individuazione dei soggetti competenti a irrogarle.

Nulla è stato fatto in tale direzione da parte del legislatore delegato con riferimento alla Commissione, la quale continua ad operare con i propri limitati poteri.

4.4. Il ricorso per revocazione avverso le decisioni della Commissione per l'accesso.

Ai sensi dell'articolo 25, comma 4 della legge n 241 del 1990, le decisioni della Commissione possono essere impugnate unicamente innanzi al TAR entro 30 giorni.

Al fine di attuare una sempre più marcata deflazione del contenzioso amministrativo in materia di accesso, la Commissione ritiene ammissibili ricorsi per revocazione avverso le proprie decisioni nei casi e nei limiti dell'errore revocatorio ex art. 395 c.p.c..

La Commissione nelle proprie pronunce ha evidenziato che la revocazione presenta una netta distinzione tra *fase rescindente*, tendente alla caducazione della decisione, e *fase rescissoria*, tendente alla sostituzione della decisione revocata con un'altra decisione di merito.

Entrambe queste fasi sono demandate al medesimo giudice e confluiscono nella stessa decisione.

Al pari di ogni altra impugnazione, la revocazione costituisce un rimedio contro le ingiustizie della sentenza.

4.5. L'estensione della competenza della Commissione sui ricorsi presentati contro gli enti locali in ipotesi di carenza di difensore civico.

La Commissione è competente a decidere sui ricorsi avverso i dinieghi di accesso delle Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato.

La competenza a decidere sui ricorsi avverso i dinieghi di accesso degli enti locali, ai sensi dell'articolo 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990, è invece riservata al difensore civico.

Al fine di evitare un vuoto di tutela in sede amministrativa, la Commissione ha esteso la propria competenza, decidendo nel merito anche i ricorsi contro i dinieghi di accesso degli enti locali, in tutti i casi di accertata assenza totale del difensore civico sia a livello provinciale che regionale.

Tale orientamento ha confermato una prassi interpretativa seguita dalla Commissione in considerazione della circostanza che il difensore civico comunale è stato abolito con la legge finanziaria per il 2010 e della non uniforme diffusione della figura del difensore civico provinciale, specialmente in alcune regioni meridionali nelle quali si riscontra la totale carenza di tali figure.

La Commissione resta comunque un punto di riferimento fondamentale in materia di accesso ai documenti anche con riferimento agli Enti locali rientranti in ambiti territoriali forniti di difensore civico, continuando ad esprimersi in sede consultiva ai sensi dell'articolo 27 della legge 241 del 1990, fornendo il proprio orientamento interpretativo agli organi di governo delle amministrazioni locali che ne facciano richiesta.

4.6. La dematerializzazione dei lavori della Commissione: il sito intranet riservato ai Componenti della Commissione per la lavorazione telematica dei ricorsi e dei pareri.

A partire dal 2010 i lavori della Commissione sono stati dematerializzati. Tutte le riunioni plenarie della Commissione si sono svolte con modalità informatizzata, mediante la consultazione di un fascicolo "virtuale" presso le postazioni informatiche messe a disposizione di ciascun componente, con conseguente risparmio di ingente materiale cartaceo.

I lavori relativi alle singole riunioni plenarie della Commissione avvengono, quindi, esclusivamente con l'utilizzo di documenti in formato Word e PDF e a tal fine sono messi a disposizione dei componenti PC portatili collegati in rete per tutta la durata della riunione.

La preparazione dei lavori e l'intera attività istruttoria inerente ogni singola seduta della Commissione (assegnazione dei ricorsi e dei quesiti ai relatori e agli esperti, predisposizione

delle proposte di decisione e di parere, studio ed esame dei documenti e delle memorie inviate dai ricorrenti e dalle amministrazioni resistenti) avviene unicamente in formato elettronico, consentendo a tutti i componenti della Commissione di poter visionare e scaricare, in tempo reale, i ricorsi, le memorie e tutta la documentazione acquisita.

La dematerializzazione dei lavori della Commissione per l'accesso è stata ulteriormente potenziata anche attraverso l'utilizzo del sito intranet riservato <http://kt.palazzochigi.it> la cui implementazione è curata direttamente dalla struttura di supporto alla Commissione e a cui possono accedere, attraverso l'uso di una password personale, esclusivamente i componenti della Commissione stessa, nonché gli esperti nominati ai sensi dell'articolo 27 della legge n. 241 del 1990.

Grazie a tale piattaforma elettronica, la preparazione dei lavori e l'intera istruttoria delle sedute della Commissione (assegnazione dei ricorsi e dei quesiti ai relatori e agli esperti, predisposizione delle proposte di decisione e di parere) avviene unicamente "on line", consentendo a tutti i componenti della Commissione di poter immediatamente visionare e scaricare tutti i documenti inerenti i lavori relativi alle riunioni plenarie della Commissione, nonché di inserire, a loro volta, documenti in formato Word e PDF.

4.7. Il sito internet www.commissioneaccesso.it.

Nel sito internet istituzionale www.commissioneaccesso.it, curato direttamente dalla struttura di supporto alla Commissione, sono pubblicati - nel rispetto della riservatezza dei dati sensibili contenuti nelle decisioni e nei pareri, che vengono accuratamente rimossi dal testo - tutti i lavori della Commissione e la modulistica utile per la proposizione dei ricorsi, le pubblicazioni della Commissione, la giurisprudenza e la normativa in materia di accesso ai documenti.

Sul sito è anche accessibile l'archivio degli atti concernenti la disciplina del diritto d'accesso, previsti dall'articolo 24, comma 2, della legge n. 241 del 1990, trasmessi per via telematica alla Commissione per l'accesso e raccolti in ordine alfabetico per Amministrazione emanante.

Collegandosi al sito internet, i cittadini e le Amministrazioni coinvolte vengono posti a conoscenza in tempo reale delle convocazioni di ogni seduta plenaria della Commissione per l'accesso in cui sono trattate le richieste di parere e i ricorsi presentati dai cittadini avverso gli atti di differimento e i dinieghi di accesso (espresi o taciti) delle Amministrazioni.

4.8. La casella di posta elettronica certificata (P.E.C.) della Commissione (commissione.accesso@mailbox.governo.it).

Ai sensi dell'articolo 12, comma 1, del d.P.R. n. 184 del 2006 il ricorso alla Commissione da parte dell'interessato avverso il diniego (espreso o tacito) dell'accesso o avverso il provvedimento di differimento dell'accesso ed il ricorso del controinteressato avverso le determinazioni che consentono l'accesso possono essere trasmessi, oltre che mediante raccomandata con avviso di ricevimento, anche a mezzo fax o per via telematica, nel rispetto della normativa vigente.

Conseguentemente la Commissione, a partire dall'anno 2006, ha iniziato a ricevere ed a trattare anche i ricorsi pervenuti non in forma cartacea ma in formato elettronico a mezzo e-mail.

Dal mese di dicembre 2010 la Commissione, pur continuando ad accettare sia i ricorsi pervenuti in forma cartacea che quelli pervenuti a mezzo posta elettronica non certificata, si è dotata di una casella di posta elettronica certificata che ha consentito la trasmissione delle decisioni esclusivamente in forma elettronica, omettendo l'invio cartaceo a mezzo raccomandata a/r, quest'ultimo necessario nei soli casi in cui il ricorrente sia sprovvisto di P.E.C..

Ciò ha comportato una notevole economia di risorse in termini di consumo cartaceo e diminuzione di spesa per la spedizione delle decisioni.

Nel tempo il numero dei ricorrenti che si sono serviti della P.E.C., in luogo della posta cartacea, è risultato costantemente crescente.

5. La trasparenza tra revisione e riforma. Il Decreto Legislativo n. 150 del 2009 e il Decreto Legislativo n. 33 del 2013.

Con il decreto legislativo 27 ottobre 2009 n. 150 (c.d. decreto Brunetta)⁶⁸ la trasparenza viene declinata come “accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni”, con la dichiarata finalità di “favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità”⁶⁹.

Ciascun cittadino, in questo modo, diventa titolare di una posizione giuridica qualificata volta ad ottenere le informazioni pubbliche al fine di favorire quel controllo generalizzato sull'operato

⁶⁸ Decreto legislativo 27.10.2009 n 150, “Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni”.

⁶⁹ Così art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009.

delle Pubbliche Amministrazioni che è, invece, espressamente escluso dalla previsione *ex art. 24* comma 3 della l. 241 del 1990⁷⁰.

Si mira, da un lato, a prevenire la corruzione attraverso la trasparenza dei procedimenti e degli assetti organizzativi e, dall'altro, a garantire l'efficienza della Pubblica Amministrazione per il tramite della trasparenza sulle *performance* dell'Amministrazione e dei servizi pubblici.

Il successivo decreto legislativo n. 33 del 2013⁷¹ ha come obiettivo specifico - in attuazione alla legge delega n. 190 del 2012⁷² - quello di prevenire e reprimere l'illegalità nella P.A.: le Pubbliche Amministrazioni sono tenute ad adempiere agli obblighi sulla trasparenza previsti dal decreto attraverso l'uso dello strumento del "sito istituzionale" di ogni singola Amministrazione.

Su ogni sito istituzionale devono essere pubblicati il nominativo del responsabile della trasparenza a cui presentare la richiesta di accesso civico, il nominativo del titolare del potere sostitutivo con l'indicazione dei relativi recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale e le modalità per l'esercizio di tale diritto, mettendo eventualmente a disposizione modelli per le richieste di accesso civico.

Ogni utente può quindi ricercare sul sito tutte le informazioni inerenti l'attività e l'organizzazione degli enti senza la necessità di autenticarsi o essere identificato. Ciò in quanto le suddette informazioni devono essere pubblicate nella *home page* dei siti istituzionali, all'interno della sezione "Amministrazione trasparente".

Soggetto chiave è il responsabile della trasparenza, istituito *ex novo* dal d.lgs. n. 33 del 2013 e preposto all'attività di controllo degli adempimenti prescritti per le Amministrazioni Pubbliche⁷³. Ad esso spetta l'obbligo di aggiornare il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità e di segnalare all'organo di indirizzo politico, all'Organismo indipendente di valutazione (OIV), all'Autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione⁷⁴.

⁷⁰ Ai sensi dell'art. 23 comma 3 della L. 241/90 "Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni". Si ricorda che il comma in questione è stato anch'esso inserito nella L. 241 dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15.

⁷¹ Decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni".

⁷² Legge 6 novembre 2012 n. 190, "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione".

⁷³ Cfr. art. 43 del D. Lgs. n. 33/2013.

⁷⁴ Di particolare rilievo è, a questo proposito, il capo VI del d.lgs. n. 33/2013, dedicato alla vigilanza sull'attuazione delle disposizioni e alle sanzioni. Le sanzioni previste sono dirette sia al responsabile della trasparenza, rispetto ai suoi specifici adempimenti, ma anche ai dirigenti e agli organi politici che devono fornire i dati per realizzare la pubblicazione. Oltre alle sanzioni a carico dei soggetti, sono previste anche sanzioni sull'atto, che bloccano l'efficacia del provvedimento (cfr. art. 15 comma 2; art. 26 comma 3; art. 39 comma 3 del d.lgs. n. 33/2013).

L'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013 contempla il c.d. accesso civico. Tale norma prevede espressamente che "l'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione".

L'istituto dell'accesso civico è, dunque, introdotto con il d.lgs. 33 del 2013 ma è limitato in due sensi: è circoscritto ai soli documenti, informazioni e dati oggetto degli obblighi di pubblicazione imposti alle Amministrazioni dal Decreto e non è identificato quale diritto autonomo, ma quale sanzione rispetto al mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione.

6. Le novità del c.d. "Decreto trasparenza" che attua la delega ex art. 7 della Legge Madia.

In tale contesto si inserisce la previsione contenuta nell'art. 7 della legge Madia⁷⁵, rubricato "*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*", che delega il Governo ad adottare "uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33" sulla base di una serie di principi e criteri direttivi ivi elencati.

Fra questi principi e criteri vi è quello fissato dalla lettera h) dell'art. 7, comma 1, secondo cui: "fermi restando gli obblighi di pubblicazione, riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche".

7. Dalla trasparenza come obbligo di pubblicazione alla trasparenza come libertà di accesso a dati e documenti: l'introduzione del Foia in Italia.

Una novità importante è contenuta nell'art. 2 dello schema di decreto, che modifica l'art. 1 comma 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 inserendovi espressamente una indicazione ulteriore circa lo scopo della trasparenza intesa come "accessibilità totale" ai dati e ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni: non si tratta solo di "favorire forme diffuse di controllo sul

⁷⁵ Legge 7 agosto 2015 n. 124, "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”, ma anche - ed è questa la modifica apportata dallo schema di decreto - di “tutelare i diritti fondamentali”.

Il comma 2 dell’art. 1 afferma che la trasparenza “è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”.

Si tratta di una vera e propria ridefinizione dell’oggetto del d.lgs. n. 33 del 2013.

Il nuovo comma 1 dell’art. 2 del d.lgs. n. 33 del 2013, come modificato dallo schema di decreto, recita che “Le disposizioni del presente decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all’articolo 2-bis, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l’accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione”.

È una modifica rilevante perché mette in evidenza come lo scopo della normativa in materia di trasparenza non sia più quello di ottenere la pubblicazione di documenti in possesso della Pubblica Amministrazione, bensì quello di garantire la libertà di accesso a dati e documenti in possesso della Pubblica Amministrazione “tramite l’accesso civico” e, in subordine, “tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti”.

L’art. 6 dello schema di decreto modifica l’art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013 - che fino ad ora, come detto, identificava l’accesso civico come mera sanzione rispetto alla violazione dell’obbligo di pubblicare documenti, informazioni o dati - introducendovi un nuovo comma 2 nel quale si legge che “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, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti”.

In questo modo l’accesso civico-sanzione si trasforma in un vero e proprio diritto di accesso civico ai dati e ai documenti pubblici, che trova il suo equivalente in quella che nei sistemi anglosassoni è definita con l’acronimo di FOIA (Freedom Of Information Act)⁷⁶.

⁷⁶ Cfr. sul punto la Relazione illustrativa allegata al Decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza correttivo della legge 6 novembre 2012 n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, ai sensi dell’articolo 7 della legge 7 agosto 2015 n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, p. 1.

L'accesso civico introdotto dallo schema di decreto consiste quindi in un diritto di accesso del tutto indipendente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti e concerne tutti i dati e i documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni⁷⁷, seppur nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati. Esso concerne non solo i dati e i documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (e per i quali permane, comunque, l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente sul sito istituzionale), ma anche i dati e i documenti per i quali non esiste un obbligo di pubblicazione⁷⁸.

L'intervento normativo generalizza quindi i contenuti dell'accesso totale, facendo indistinto riferimento a tutto il patrimonio informativo in possesso delle Pubbliche Amministrazioni e ne amplia le finalità fino a riconoscerne un ruolo non solo riguardo al più esteso coinvolgimento dei cittadini-utenti nella vita amministrativa, ma anche alla tutela dei loro diritti.

Per la prima volta si riconosce la trasparenza come “libertà di informazione” del cittadino, come diritto di tutti ad accedere alla conoscenza di ogni dato e documento inerente alla organizzazione e all'attività delle Pubbliche Amministrazioni per il quale non sia individuato un obbligo legale di pubblicazione. “Diritto di sapere” il cui esercizio, salvo gli specifici limiti legali, non è condizionato in quanto non necessita di motivazione e può essere orientato a qualunque fine.

Si delinea dunque una nuova dimensione della trasparenza amministrativa, per la cui realizzazione, accanto all'ampia disciplina degli obblighi di pubblicazione, si predispone uno strumento complementare di conoscenza, rappresentato da una forma piena di accesso ai dati e alle informazioni della Pubblica Amministrazione.

L'ampliato accesso civico si riferisce all'accesso a “dati e documenti” eliminando, a questo proposito, il riferimento alle “informazioni”⁷⁹. Tuttavia, il riferimento alle “informazioni” ritorna in vari commi dell'art. 5, e precisamente: nel comma 3, che statuisce che l'istanza di accesso civico deve identificare chiaramente “i dati, le informazioni o i documenti richiesti”, e nei commi successivi, che si riferiscono alle modalità di esercizio del diritto di accesso.

La distinzione fra “dato” e “informazione”, mutuata dal linguaggio dell'informatica, è invece una distinzione molto importante e sarebbe stato opportuno mantenerla sempre in modo coerente all'interno dello schema di decreto atteso che, mentre il “dato” è sempre un elemento conosciuto,

⁷⁷ Sottolinea a questo proposito il Consiglio di Stato che “Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to right to know, nella definizione inglese F.O.I.A) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una ‘casa di vetro?’” (così parere del Consiglio di Stato n. 515/2016, p. 77).

⁷⁸ Come sottolinea il Consiglio di Stato, non si comprende l'utilità di lasciare il comma 1 del nuovo articolo 5, che si limita a consentire l'accesso civico ai documenti da pubblicare e che appare ora “del tutto assorbito dal più ampio accesso di cui al comma 2 e può essere espunto” (parere del Consiglio di Stato n. 515/2016, cit., p. 78).

⁷⁹ Cfr. la nuova rubrica dell'art. 5 e l'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 33/2013, come novellati dallo schema di Decreto.

la “informazione” ha una connotazione in qualche modo soggettiva in quanto è quello che l’utente di volta in volta ricava dall’aggregazione dei dati che può ottenere consultando un database.

8. I limiti al nuovo accesso civico.

Il nuovo art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013, introdotto dall’art. 6 comma 2 dello schema di Decreto, prevede una serie di ipotesi in cui può essere escluso l’accesso civico.

Si tratta, anzitutto, delle ipotesi (elencate al comma 1) in cui sia necessario rifiutare la richiesta di accesso per evitare un pregiudizio alla tutela di interessi pubblici inerenti alla sicurezza pubblica, alla sicurezza nazionale, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica e alla stabilità finanziaria ed economica dello Stato, alla conduzione di indagini sui reati e al loro perseguimento, al regolare svolgimento di attività ispettive.

Il comma 2 dell’art. 5-bis precisa, poi, che l’accesso di cui all’articolo 5, comma 2, è rifiutato anche ove “il diniego è necessario per evitare un pregiudizio alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

- 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”.

Segue una previsione che richiama i casi di esclusione dell’accesso legati al segreto di Stato ed altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge “ivi compresi i casi in cui l’accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all’articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990”.

In caso di diniego totale o parziale dell’accesso o di mancata risposta entro il termine indicato dal comma 6 del d. lgs. n. 33 del 2013, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni⁸⁰.

Per gli atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, il richiedente può presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale (qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l’ambito territoriale immediatamente superiore, se presente). In tal caso il ricorso deve essere notificato anche all’Amministrazione interessata. Il difensore civico si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso e se ritiene

⁸⁰ Il termine è sospeso qualora il RPCT senta il Garante per la protezione dei dati personali se l’accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all’art. 5 bis co. 2 lett. a). Il Garante si pronuncia entro 10 giorni dalla richiesta. Gli stessi termini valgono nel caso in cui la richiesta di riesame sia avanzata dal controinteressato in caso di accoglimento dell’istanza nonostante la sua opposizione.

illegittimo il diniego o il differimento informa il richiedente e lo comunica all'Amministrazione competente. Se questa non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l'accesso è consentito.

In ogni caso il richiedente può attivare la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo.

Le ampie limitazioni possibili all'accesso civico sono solo in minima parte mitigate dai riferimenti contenuti nei successivi commi 4 e 5 dell'art. 5-bis.

Il comma 4 fa riferimento alla possibilità di escludere l'accesso solo rispetto ad alcune parti del documento (c.d. accesso parziale), ove questo appaia sufficiente a garantire la tutela degli interessi che vi si oppongono; il comma 5 si riferisce, invece, all'ipotesi del differimento dell'accesso, in luogo del suo diniego tout court⁸¹.

È previsto, poi, che il diniego di accesso non solo non debba essere motivato, ma sia normativamente identificato, nel nuovo art. 5 comma 5 del d.lgs. n. 33 del 2013, come un'ipotesi di c.d. silenzio-rigetto. Sebbene risulti evidente la finalità di riduzione degli oneri posti in capo alla Pubblica Amministrazione che è ad essa collegata, è tuttavia indubbio che “si verificherebbe, così, il paradosso che un provvedimento in tema di trasparenza neghi all'istante di conoscere in maniera trasparente gli argomenti in base ai quali la P.A. non gli accorda l'accesso richiesto: ciò rappresenterebbe un evidente passo indietro rispetto alla stessa legge n. 241 del 1990 e al generale obbligo di motivazione dalla stessa previsto”⁸².

9. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina contenuta nel novellato d.lgs. n. 33/2013.

L'art. 3 dello schema di decreto introduce un nuovo art. 2-bis rubricato “Ambito soggettivo di applicazione”, che andrà a sostituirsi all'art. 11 del d.lgs. n. 33 del 2013.

Si nota anzitutto l'inserimento dell'inciso “in quanto compatibile” nell'incipit del comma 2, che estende l'ambito di applicazione del d.lgs. n. 33 del 2013 anche ad enti pubblici economici, autorità portuali e ordini professionali⁸³, alle società in controllo pubblico, alle associazioni, fondazioni, enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario da pubbliche amministrazioni o in cui la totalità

⁸¹ Ciò in analogia rispetto a quanto già prevede per l'accesso “classico” l'art. 9 del DPR 12 aprile 2006, n.184, Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi.

⁸² Così nel parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., p. 82 ss., ove il Consiglio di Stato conclude che appare dunque opportuno “omologare la procedura in argomento a quella prevista dall'articolo 25 della legge n. 241 del 1990 per le modalità di esercizio del diritto di accesso “ordinario”, imponendo, dunque, che il rifiuto dell'accesso, salvi i limiti e i casi di esclusione appresso disciplinati, debba comunque essere motivato, ancorché sinteticamente”.

⁸³ V. a questo riguardo la Delibera ANAC numero 145 del 21/10/2014, Parere dell'Autorità sull'applicazione della l. n. 190/2012 e dei decreti delegati agli ordini e ai collegi professionali.

o la maggioranza dei titolari dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni⁸⁴.

Al comma 3 si precisa che la medesima disciplina si applica, sempre in quanto compatibile, e “limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica di cui all'articolo 2 del decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici o nei quali sono riconosciuti alle pubbliche amministrazioni poteri di nomina di componenti degli organi di governo”.

10. Accesso civico, gratuità e comunicazione ai controinteressati.

Quanto alla gratuità dell'accesso civico prevista nella versione attualmente in vigore del d.lgs. n. 33 del 2013 (artt. 3 e 5 comma 2) essa in parte scompare. Perché, mentre nel nuovo art. 3, comma 1, resta la statuizione che “tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli”, il successivo art. 5, al comma 3, precisa, ex novo, che “il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo è subordinato soltanto al rimborso del costo sostenuto dall'amministrazione”.

A questo riguardo i redattori della novella hanno operato un opportuno allineamento rispetto alla previsione di cui all'art. 25 l. n. 241 del 1990, che precisa che “l'esame dei documenti è gratuito”, ma che “il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura”⁸⁵.

Tramite l'uso del termine “fruizione del documento” ci si vuole, quindi, riferire all'ipotesi in cui l'accesso civico si risolva in una mera richiesta di esame del documento, senza estrazione di

⁸⁴ V. a questo proposito la Delibera ANAC n. 34 del 18/12/2012, Applicabilità della legge n. 190/2012 a un ente ex IPAB ancora non trasformato in azienda pubblica di servizi alla persona o in persona giuridica di diritto privato. V. anche il Comunicato del Presidente ANAC del 10 aprile 2015, Osservanza delle regole in materia di trasparenza e di prevenzione della corruzione da parte degli Istituti pubblici di assistenza e beneficenza (IPAB) e delle Aziende pubbliche di servizi alla persona (ASP).

⁸⁵ Ai sensi della quale “Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge. L'esame dei documenti è gratuito. Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura” .

copia. In questo caso è fatto salvo il principio di gratuità dell'accesso. L'accesso tramite estrazione di copia, viceversa, non potrà essere fornito gratuitamente.

A questo proposito è infatti precisato nella Relazione tecnica allegata al testo del Decreto che “all'esercizio di tale diritto da parte dei consociati le amministrazioni fanno fronte nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, anche in considerazione del fatto che, pur essendo l'accesso civico gratuito, lo stesso è comunque subordinato al rimborso del costo sostenuto dall'amministrazione per il rilascio di dati e documenti in formato elettronico o cartaceo, ferme restando le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura”⁸⁶.

Una previsione che appare invece problematica sotto il profilo del contenimento dei costi dell'attività amministrativa è quella di cui al nuovo comma 4 dell'art. 5, ai sensi del quale “l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, della legge, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione. Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione”⁸⁷.

Dal punto di vista del bilanciamento tra esigenze di trasparenza, da un lato, ed esigenze di tutela della riservatezza di eventuali controinteressati, dall'altro, questa previsione deve essere valutata certamente con favore. Tuttavia non è possibile non rimarcare come, data la platea potenzialmente molto ampia di controinteressati, i costi, anche in termini organizzativi, che potrebbero scaturirne per le pubbliche amministrazioni destinatarie di richieste di accesso civico rischiano di essere veramente insostenibili.⁸⁸

⁸⁶ Relazione tecnica al Decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, p. 2.

⁸⁷ Si tratta dei soggetti (elencati al successivo articolo 5-bis), che possano avere interesse a:

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

⁸⁸ La previsione prevede infatti la necessità di inviare a costoro una raccomandata con avviso di ricevimento, se non si può provvedere con la comunicazione per via telematica: che è possibile solo nei confronti di coloro che “abbiano consentito tale forma di comunicazione”.

11. La revisione del sistema sanzionatorio.

Lo schema di Decreto innova in modo sostanziale anche con riguardo all'apparato sanzionatorio.

In particolare il nuovo art. 46 del d.lgs. n. 33 del 2013 - la cui rubrica verrebbe significativamente modificata in "Responsabilità derivante dalla violazione delle disposizioni in materia di obblighi di pubblicazione e di accesso civico"⁸⁹ - prevede che "l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 5-bis, costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili" e precisa che il responsabile non risponde dell'inadempimento solo ove provi "che tale inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile".

Appare evidente, che l'inciso "eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione" può significare unicamente che si applicano, al riguardo, le norme di riferimento in materia, le quali prevedono che il danno all'immagine resti circoscritto ad un novero di fattispecie ben precise e determinate, consistente nei reati contro la Pubblica Amministrazione ex artt. 314-335 cod. pen. o in altre fattispecie di rilievo penale espressamente previste⁹⁰. Ciò è stato peraltro espressamente ribadito, di recente, dalle stesse Sezioni Riunite della Corte dei Conti⁹¹.

Lo schema del Decreto collega, poi, il mancato rispetto dei summenzionati obblighi anche alla "retribuzione di risultato" e al "trattamento accessorio collegato alla performance". Si tratta di una sorta di "sanzione accessoria" che appare di entità imprevedibile e rispetto alla quale sarebbe stata forse preferibile la previsione di una multa di importo fisso.

12. Il rapporto tra trasparenza e *privacy*

Sovente accade che *privacy* e trasparenza vengano percepiti come concetti contrapposti.

⁸⁹ La rubrica attuale dell'art. 46 è "Violazione degli obblighi di trasparenza – Sanzioni".

⁹⁰ Le fattispecie ulteriori che esistono al di fuori da tale norma generale (l'art. 55-quinquies, d.lgs. n. 165 del 2001, "False attestazioni o certificazioni") sono peraltro anch'esse legate ad una fattispecie di rilievo penale, anche se non ricompresa negli articoli 314-335 cod. pen.

⁹¹ Corte dei Conti, Sezioni Riunite, Sentenza 19 marzo 2015, n. 8.

Al fine di una corretta analisi, bisogna innanzitutto precisare che la trasparenza delle informazioni è uno tra i principi cardine della disciplina sulla protezione dei dati personali. Ciascun soggetto ha infatti il diritto di essere informato sul trattamento dei propri dati - da chiunque effettuato - sia prima dell'inizio del trattamento, attraverso l'informativa prevista dall'art. 13 del Codice in materia di protezione dei dati personali (d'ora in poi Codice), sia nel corso del medesimo, mediante la possibilità di accedere ai propri dati e controllarne l'utilizzo attraverso l'esercizio dei diritti previsti dall'art. 7 del Codice.

Quindi, premessa necessaria al fine dell'esercizio della propria autodeterminazione informativa è la trasparenza, intesa come capacità di adottare scelte consapevoli sull'uso dei propri dati.

L'articolo 5, paragrafo 1, lettera a) del nuovo Regolamento generale sulla protezione dei dati⁹² esplicita tale principio e prevede che i dati personali siano *“trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato”*.

Si può quindi ritenere che la protezione dei dati personali costituisce una disciplina di trasparenza avente un ambito di operatività più ampio di quello della trasparenza amministrativa (d'ora in poi trasparenza) in quanto, a differenza di quest'ultima, trova applicazione a qualunque titolare del trattamento pubblico e privato.

Da questa prima analisi è agevole affermare che le due discipline sono complementari.

La trasparenza amministrativa è un principio generale dell'attività e dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione in virtù del quale quest'ultima è tenuta a garantire la visibilità, la conoscibilità e la comprensibilità delle modalità operative e degli assetti organizzativi con cui agisce nell'assolvimento delle sue funzioni di tutela concreta dell'interesse pubblico⁹³.

Nella nuova configurazione delineata dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97⁹⁴, la trasparenza viene individuata quale accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, finalizzata non soltanto a favorire forme diffuse di controllo da parte dei consociati sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ma anche a garantire una maggiore tutela dei diritti fondamentali, specificati nel comma 2 dell'art. 1, secondo cui la trasparenza è condizione di garanzia delle libertà individuali

⁹² Regolamento 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 5 maggio 2016).

⁹³ M. BOMBARDELLI, voce «Trasparenza», in *Enciclopedia Treccani, Diritto on line*.

⁹⁴ Il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 *“Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*.

e collettive tutelate dall'art. 2 Cost., nonché dei diritti civili, politici, sociali e integra, inoltre, il diritto a una buona amministrazione⁹⁵.

La *ratio* sottesa al principio di trasparenza viene quindi specificata e ampliata: dall'originaria pubblicazione delle informazioni e dei documenti in possesso dell'Amministrazione alla garanzia generalizzata della trasparenza della P.A. mediante l'esercizio dell'accesso civico, considerato strumento principale di controllo democratico dell'operato amministrativo in un'ottica accentuata di trasparenza e pubblicità⁹⁶.

Con riferimento alla *privacy*, è necessario innanzitutto specificare che il termine si riferisce al complesso dei diritti fondamentali della persona quali la riservatezza, l'identità personale e la protezione dei dati personali.

Nel rapporto tra trasparenza e *privacy* occorre individuare quest'ultima non solo nell'ottica della riservatezza, come tutela della sfera individuale dalle indiscrezioni altrui, ma anche come diritto all'identità personale, ovvero alla corretta rappresentazione della persona, e diritto alla protezione dei dati, cioè diritto a che le proprie informazioni siano sempre trattate nel pieno rispetto dei presupposti e dei limiti definiti dalla legge.

I diritti fondamentali della persona sono gli strumenti necessari per rendere possibile la trasparenza.

In tale prospettiva deve essere disattesa qualunque visione meramente oppositiva o antagonista del diritto alla *privacy* nei confronti della trasparenza. Ciò emerge con chiarezza anche dalla lettura del Regolamento che, al Considerando n. 4, prevede come “*il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con gli altri diritti fondamentali in ossequio al principio di proporzionalità*” e al Considerando 154 prevede che “*l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali può essere considerato di interesse pubblico. I dati personali, contenuti in documenti conservati da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, dovrebbero poter essere diffusi da detta autorità o organismo se la diffusione è prevista dal diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti*”, il quale deve “*conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali*”.

Proprio l'inclusione della trasparenza amministrativa tra i compiti di interesse pubblico rende compatibili tutti i trattamenti di dati ad essa connessi, ivi compresa la loro diffusione allorquando

⁹⁵E.BARBA, F.MARINIELLO, 2017, *Novità in materia di trasparenza amministrativa*, in *La riforma Madia alla prova dei decreti attuativi*, LUISS University Press.

⁹⁶ E.BARBA, F.MARINIELLO, 2017, *Novità in materia di trasparenza amministrativa*, in *La riforma Madia alla prova dei decreti attuativi*, LUISS University Press.

prevista dalla legge, a condizione tuttavia che le norme nazionali concilino l'accessibilità ai dati con il rispetto della *privacy* degli interessati.

Le ipotesi di dissidio tra diritto alla *privacy* e trasparenza sono aumentate con l'introduzione nel nostro ordinamento della nuova disciplina sulla trasparenza⁹⁷ che ha introdotto l'accesso civico "generalizzato".

Tale nuovo istituto, infatti, riconosce a chiunque il diritto di accedere a tutti i dati e documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni e dagli altri soggetti e organismi contemplati nell'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013, a differenza dalla precedente normativa nella quale tale possibilità era circoscritta solo a quelli oggetto di specifici obblighi di pubblicazione⁹⁸.

Con tale ampia previsione il perimetro normativo si espande notevolmente fino a comprendere una cospicua quantità di dati, detenuti dai vari enti, al fine di agevolare forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

Infiniti possibili richiedenti, mediante l'invio di una semplice e-mail, possono dunque fare richiesta di accesso a qualunque informazione e la valutazione sull'ammissibilità o meno della richiesta spetterà ad un funzionario, nel breve termine di trenta giorni, e sarà il frutto di un complesso bilanciamento che coinvolgerà i diritti di tutti, compresi quelli dei controinteressati.

La valutazione ricorrente che nella pratica caratterizzerà l'accesso civico generalizzato sarà incentrata sulla comparazione tra il diritto alla conoscenza del richiedente l'accesso e il diritto alla protezione dei dati del contro interessato. Ciò in quanto negli atti detenuti dalla Pubblica Amministrazione spesso vi sono anche dati personali, sia di privati cittadini che di pubblici funzionari.

A fugare ogni dubbio soccorrono le Linee guida adottate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.) d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali sentita la Conferenza unificata Stato-Regioni, recanti le prime indicazioni operative⁹⁹.

Nelle Linee guida è specificato che, ove la valutazione riguardi aspetti di protezione dei dati personali, ai fini della valutazione del "*pregiudizio concreto*" (che può legittimare il diniego alla richiesta di accesso) devono essere prese in considerazione "*le conseguenze – anche legate alla sfera morale, relazionale e sociale – che potrebbero derivare all'interessato (o ad altre persone alle quali esso è legato da un vincolo affettivo) dalla conoscibilità, da parte di chiunque, del*

⁹⁷ Come modificata dal D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

⁹⁸ L'accesso civico è escluso negli specifici casi previsti dall'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. 33/2013 e può essere rifiutato quando il diniego è necessario per evitare un "*pregiudizio concreto*" agli interessi, pubblici e privati, indicati all'art. 5-bis, comma 1 e 2, del medesimo decreto legislativo, tra i quali ultimi è annoverata anche la protezione dei dati personali.

⁹⁹ Il provvedimento è stato adottato il 29 dicembre 2016 ed è pubblicato sul sito www.anticorruzione.it.

dato o del documento richiesto, tenuto conto delle implicazioni derivanti dalla previsione di cui all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013, in base alla quale i dati e i documenti forniti al richiedente tramite l'accesso generalizzato sono considerati come «pubblici», sebbene il loro ulteriore trattamento vada in ogni caso effettuato nel rispetto dei limiti derivanti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali (art. 7 del d.lgs. n. 33/2013). Tali conseguenze potrebbero riguardare, ad esempio, future azioni da parte di terzi nei confronti dell'interessato, o situazioni che potrebbero determinare l'estromissione o la discriminazione dello stesso individuo, oppure altri svantaggi personali e/o sociali”.

Ulteriore attenta valutazione sarà riservata alla circostanza della eventuale fuoriuscita dei dati personali dal controllo del titolare del trattamento. In tale evenienza, essendo i dati a disposizione di chiunque, potrebbero venir meno quelle garanzie di correttezza e di sicurezza del trattamento proprie dell'istituzione che li ha detenuti con notevole oggettivo aumento dei rischi derivanti da un utilizzo illecito di cui potrà essere chiamato a rispondere colui che ha ottenuto l'accesso e/o ha realizzato la condotta illecita.

Qualora, invece, dovessero essere violati i limiti previsti dalla legge si determinerà un trattamento illecito dei dati personali¹⁰⁰ con conseguenti responsabilità sia in ambito amministrativo (sanzioni pecuniarie previste dal Codice e in futuro dal Regolamento UE) che civile (per il risarcimento del danno determinato per effetto dell'illecito trattamento dei dati personali)¹⁰¹.

È necessaria notevole cautela nell'interpretazione e nell'utilizzo della disciplina relativa all'accesso civico temperando con particolare attenzione tutti gli interessi coinvolti.

Secondo la più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) non conferisce all'individuo un generale diritto di accesso alle informazioni in possesso delle Autorità pubbliche, né obbliga tali Autorità a conferire allo stesso le medesime informazioni¹⁰².

Un utile parametro di riferimento per distinguere le istanze puramente emulative da quelle effettivamente meritevoli di attenzione è fornito dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, di recente, ha chiarito come l'accesso alle informazioni in possesso delle autorità pubbliche possa ritenersi strumentale all'esercizio delle libertà del richiedente di ricevere e di diffondere informazioni che attengono a “*questioni di interesse pubblico*” e pertanto possa

¹⁰⁰ Consistente nella comunicazione di dati in violazione di un obbligo di legge.

¹⁰¹ Art. 15 del Codice e 82 del Regolamento 2016/679.

¹⁰² Un tale diritto può essere ricondotto alla più ampia libertà di espressione, tutelata dall'art. 10 della Cedu, soltanto in situazioni particolari e a specifiche condizioni.

ritenersi, in questi termini, strumentale all'esercizio della libertà del richiedente di ricevere e di diffondere al pubblico le medesime informazioni¹⁰³.

In questa prospettiva l'accesso civico generalizzato andrebbe a bilanciare l'esclusione dell' "interesse pubblico" dal novero di quegli interessi idonei a legittimare l'accesso documentale ai sensi della Legge 241/1990¹⁰⁴.

Da quanto finora esposto si desume che solo attraverso una corretta e ponderata interazione tra trasparenza amministrativa e protezione dei dati personali si possono conseguire tutti i vantaggi sociali sottesi alle nuove disposizioni, senza inutili sacrifici per i diritti individuali.

13. Conclusioni.

Al fine del raggiungimento della piena maturità e dell'equilibrio del concetto di trasparenza e dei valori che esso sottende, non potranno esservi esclusivamente innovazioni normative, ma sarà necessario uno sviluppo formale e sostanziale sul piano culturale, all'interno dell'Amministrazione e nella consapevolezza dei cittadini.

Questo salto culturale è rappresentato dalla capacità di superare "la diffusa concezione antagonista tra cittadini e istituzioni" facendo in modo che la trasparenza "non rimanga materia di contrapposizione tra una burocrazia che fa resistenza a un populismo che si alimenta nel coglierla in fallo"¹⁰⁵.

In conclusione, pare di cogliere come elemento di novità il passaggio da una visione di trasparenza quale strumento limitato alla prevenzione dei mali dell'Amministrazione ad una considerazione della stessa come presupposto essenziale per la costruzione di una buona Amministrazione e di una azione pubblica orientata ai bisogni dei cittadini e al progresso economico e civile della collettività.

¹⁰³ Cfr. sul punto da ultimo il caso Magyar Helsinki Bizottság v. Ungheria, 8 Novembre 2016, par. 156 e 160-163 richiamata anche nel provvedimento n. 521 del 15 dicembre 2016 del Garante sulla protezione dei dati personali.

¹⁰⁴ Vedi sul punto la sentenza del Consiglio di Stato n. 3631/2016, del 12 agosto 2016, ove viene evidenziato che: "È allora ben chiaro che il diritto d'accesso ex legge n. 241 agli atti amministrativi non è connotato da caratteri di assolutezza e soggiace, oltre che ai limiti di cui all'art. 24 della l. 241/1990, alla rigorosa disamina della posizione legittimante del richiedente, il quale deve dimostrare un proprio e personale interesse (non di terzi, non della collettività indifferenziata) a conoscere gli atti e i documenti richiesti. Come si è detto, il diritto di cronaca è presupposto fattuale del diritto ad esser informati ma non è di per sé solo la posizione che legittima l'appellante all'accesso invocato ai sensi della legge n. 241."

¹⁰⁵ In questi termini il Ministro Madia in "Il diritto di sapere è di tutti, la trasparenza è cultura", cit.

Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo

Via della Mercede, 9

00187 Roma

Capo Dipartimento

Cons. Annalisa Cipollone

Struttura di supporto alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi

Telefono: (+39) 06.6779 6700

Fax: (+39) 06.6779 6684

**Ufficio affari generali e attività di indirizzo
politico-amministrativo**

Direttore Ufficio

Cons. Ilaria Antonini

**Servizio attività di indirizzo, monitoraggio
e interventi speciali**

Coordinatore Servizio

Dott. Luigi Capogna

A cura di

Tirocinante

Dott.ssa Elisabetta Barba

Segreteria redazionale

Gabriela Di Vito

Segreteria della Commissione

Ufficio Affari Generali e Attività di

Indirizzo Politico-Amministrativo

P.E.C.: commissione.accesso@mailbox.governo.it

Sito: www.commissioneaccesso.it

