

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2020 - Anno XLI

LA RIFORMA MADIA E ACCESSO PUBBLICO GENERALIZZATO

di Paola Serafino, Funzionario Amministrativo Università degli Studi di Napoli "Federico II" Avvocato – Dott. di ricerca

L'accesso civico generalizzato è uno strumento che garantisce a chiunque il diritto di accedere ai dati e ai documenti posseduti dalle pubbliche amministrazioni. È regolato dalla normativa cosiddetta FOIA (*Freedom of Information Act*) – introdotta con il decreto legislativo n. 97 del 2016 (riforma Madia)– con la quale l'ordinamento italiano riconosce la libertà di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni come diritto fondamentale. L'obiettivo della normativa, è quello di favorire una maggiore trasparenza nel rapporto tra le istituzioni e la società civile, nonché di incoraggiare un dibattito pubblico informato su temi di interesse collettivo.

Grazie alla riforma Madia, si è giunti ad assicurare un'effettiva libertà di accesso a dati e documenti detenuti dagli enti pubblici,¹ non più semplici comunicazioni di informazioni sulla pagina web da parte della pubblica amministrazione, "si riconosce al cittadino un vero e proprio

¹ Salvatore Milazzo, "Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina FOIA italiano, di cui al D. Lgs 25 maggio 2016, n. 97", <http://www.ildirittoamministrativo.it>

diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni, a qualunque fine e senza necessità di motivazioni”².

“Per conoscere la documentazione in possesso della Pubblica Amministrazione”³, lo strumento fondamentale dal 2016 diviene l’accesso civico generalizzato.

L’articolo 5 del decreto legislativo 33/2013 disciplina due diverse e distinte tipologie di accesso civico. Il primo comma, può essere qualificato come “il diritto di chiunque di richiedere”⁴ i documenti, i dati e le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria “nei casi in cui”⁵, quest’ultima, “sia stata omessa”⁶.

Il nuovo secondo comma dell’articolo 5 del decreto legislativo 33/2013, colonna portante della recente disciplina sancisce 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”⁷, qualunque individuo ha la possibilità di accesso “ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione”⁸ a patto che siano rispettati i limiti sanciti dall’articolo 5-bis.

Grazie al decreto 97/2016 si è giunti ad una nuova tipologia di diritto di accesso civico, rispetto alla versione del 2013.

² Consiglio di Stato, Parere numero 515/2016, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 18 febbraio 2016, www.camera.it

³ Salvatore Milazzo, “Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97

⁴ Comma 1, Articolo 5, Decreto legislativo 33/2013

⁵ Comma 1, Articolo 5, Decreto legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

⁶ Comma 1, Articolo 5, Decreto legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

⁷ Comma 2, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

⁸ Comma 2, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

Questo modello, come già menzionato nasce sulla scorta del Freedom Of Information Act già ampiamente diffuso negli ordinamenti anglosassoni.

Con il diritto di conoscere, si vuole garantire ai cittadini una partecipazione cosciente per quel che concerne le decisioni prese dalla pubblica amministrazione, con il fine di consentire un controllo generalizzato dell'operato amministrativo, al fine di prevenire fenomeni di corruzione all'interno degli enti pubblici, fortificando "la legittimazione della P.A"⁹.

Considerato che l'esercizio dell'accesso generalizzato, e di quello semplice, "non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente"¹⁰, l'istanza non deve essere motivata e può essere divulgata in via telematica agli uffici del dipartimento che conserva dati, informazioni o documenti, all'ufficio che gestisce le relazioni con il pubblico, a quello indicato dall'ente pubblico all'interno della sezione amministrazione trasparente nella pagina web istituzionale, oppure ci si può rivolgere al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, quando l'istanza riguarda "dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione"¹¹.

A tal proposito il Consiglio di Stato invita le pubbliche amministrazioni a ricevere l'istanza, solitamente in via telematica e stabilisce inoltre che deve essere individuato "un unico ufficio-sportello, per ogni amministrazione, deputato alla ricezione e alla prima gestione delle

⁹ Salvatore Milazzo, 2Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97", <http://www.ildirittoamministrativo.it>

¹⁰ Comma 3, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

¹¹ Comma 3, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

istanze, correttamente segnalato nella sezione del sito istituzionale”¹², il quale possa relazionarsi direttamente con i cittadini.

“La gratuità dell’accesso civico prevista nella versione”¹³ antecedente del decreto 33/2013, in parte scompare.

Secondo quanto stabilito dall’articolo 5, del sopra indicato decreto, al quarto comma, “il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo è gratuito”, tale ipotesi deve essere limitata” alla sola fruizione del documento, da intendersi come mero esame dello stesso, senza estrazione di copia”¹⁴ .

L’accesso avvenuto mediante l’estrazione della copia non è gratuito, ma subordinato al “rimborso del costo effettivamente sostenuto”¹⁵ dall’ente pubblico per riprodurlo su base cartacea o digitale.

Con tale previsione ci si è allineati all’articolo 25 della Legge 241/1990. Si è giunti a tale conclusione per un discorso di limitazione di costi che in questa fattispecie, vista la numerosa platea di soggetti richiedenti, potrebbero essere eccessivi per gli enti pubblici.

Un’altra titubanza sorge in merito alla relazione tra accesso “e tutela dei portatori di interesse pregiudicati dall’accoglimento”¹⁶ dalla domanda.

Il secondo comma dell’articolo 5-bis contiene l’elenco dei soggetti controinteressati, soggetti che possono avere interesse a tre tipologie

¹² Consiglio di Stato, Parere numero 515/2016, Sezione Consultiva per gli atti Normativi, Adunanza di Sezione del 18 febbraio 2016 www.camera.it

¹³ Diana-Urania Galetta, accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo 33/2013, www.federalismi.it

¹⁴ Salvatore Milazzo, “Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97”, <http://ildirittoamministrativo.it>

¹⁵ Comma 4, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

¹⁶ Gianluca Gardini, “Il Paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere le cose semplici”, www.federalismi.it

diverse di protezione: quella "dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia"¹⁷; "la libertà e la segretezza della corrispondenza"¹⁸; ed infine 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"¹⁹.

Bilanciando riservatezza e trasparenza, la tutela degli interessi dei controinteressati, deve essere valutata in modo da evitare "eventuali azioni di responsabilità civile"²⁰ degli enti pubblici per le lesioni subite dai controinteressati a causa di un imprudente esibizione di documenti o dati.

In contemporanea però, tale previsione suscita alcune problematiche "sotto il profilo del contenimento dei costi dell'attività amministrativa"²¹.

Potrebbe esservi un aggravio dei costi per la pubblica amministrazione, poiché non tutti i controinteressati potrebbero aver optato per l'invio a mezzo pec, la quale sarebbe costretta a rendere edotti tali soggetti dall'istanza di accesso a mezzo raccomandata.

Sempre in merito ai controinteressati, non è stata disciplinata una tutela paritaria, in base al codice del processo amministrativo.

Il Decreto Legislativo 97/2016 si presenta problematico nell'aspetto del diniego all'accesso e il provvedimento conclusivo, inizialmente il decreto era molto simile alla Legge 241/1990 prevedendo "il rigetto

¹⁷ Comma 2, Articolo 5-bis, Decreto Legislativo 33/2013

¹⁸ Comma 2, articolo 5-bis, Decreto Legislativo 33/2013

¹⁹ Comma 2, articolo 5-bis, Decreto Legislativo 33/2013

²⁰ Gianluca Gardini, "Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere le cose semplici", www.federalismi.it

²¹ Diana-Urania Galetta, Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo 33/2013, www.federalismi.it

della richiesta in caso di mancata risposta dell'Amministrazione"²² nel termine di trenta giorni. Secondo la normativa l'unico rimedio poteva essere ricorrere al tribunale amministrativo regionale, pertanto non vi poteva essere un ricorso per vie extragiudiziali.

In questo modo l'amministrazione pubblica poteva ignorare la maggior parte delle istanze di accesso, presumendo che i cittadini non sarebbero mai ricorsi al TAR.

Il legislatore decise, spinto dalle tante critiche, di modificare tale impostazione prevedendo una delibera espressa e motivata. In via amministrativa, sono state introdotte, due tutele, per consentire al cittadino di non doversi caricare costi, tempi e procedure di un ricorso giurisdizionale, sono il ricorso al difensore civico ed al responsabile per la trasparenza.

La procedura di accesso civico generalizzato "deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati"²³.

All'accoglimento dell'istanza, l'amministrazione provvede a trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti.

Il settimo comma dell'articolo 5 del decreto legislativo 33/2013 stabilisce che, "nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6²⁴, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione

²² P. Falletta, "Il freedom of information act. Italiano e i rischi della trasparenza digitale", www.federalismi.it

²³ Comma 6. Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

²⁴ Nel termine di trenta giorni

della corruzione e della trasparenza”²⁵ il quale deve decidere entro venti giorni con provvedimento motivato. Il responsabile della prevenzione della corruzione ha la possibilità di sentire il Garante per la protezione dei dati personali nel caso in cui vi siano richieste di riesame.

Il Garante si pronuncia nel termine di dieci giorni dalla richiesta, “durante i quali il termine per l’adozione del provvedimento da parte del responsabile della prevenzione della corruzione o per la pronuncia del difensore civico sono sospesi”²⁶.

L’ottavo comma, sancisce che “qualora si tratti di atti delle amministrazioni, delle regioni o degli enti locali, il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito”²⁷. Il ricorso deve, comunque, essere notificato anche all’amministrazione interessata. Se il difensore civico non ritiene legittimo il diniego o il differimento, deve informare il cittadino e comunicarlo all’amministrazione pubblica. Se l’amministrazione “non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l’accesso è consentito”²⁸.

Esiste la possibilità che l’ente rifiuti l’istanza senza alcuna motivazione o addirittura mediante il silenzio, il diniego di tale ultima ipotesi non deve essere motivato.

²⁵ Comma 7, Articolo 5, del Decreto Legislativo 33/2013

²⁶ ANAC, “linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013”, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016

²⁷ Comma 8, articolo 5, decreto legislativo 33/2013

²⁸ ANAC, “linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013”, delibera n.1039 del 28 dicembre 2016

La norma però, non specifica se deve essere data notizia ad eventuali controinteressati, i quali dovrebbero ad ogni modo aver diritto a presentare opposizione²⁹.

Si è detto, nel sesto comma, che la domanda deve essere motivata, ma gli enti pubblici possono rifiutare senza alcun motivo l'istanza di riesame presentata al responsabile per la trasparenza e al difensore civico³⁰.

Riguardo la tutela giurisdizionale, il settimo comma dell'articolo 5 del decreto legislativo 33/2013, prevede che, in ogni caso, "il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116³¹ del codice del processo amministrativo"³².

²⁹ Gianluca Gardini, "Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere le cose semplici", www.federalismi.it

³⁰ Gianluca Gardini, "Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere le cose semplici", www.federalismi.it

³¹ Articolo 115 Codice del Procedimento Amministrativo: "contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. Si applica l'articolo 49. In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio.

L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato.

Il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità".

³² Comma 7, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013