



Avv. Ida Tascone
Segretario generale



FOIA: tra chiarimenti e criticità
La circolare n.1/2019
Esperienze in campo, a cura di Avv. TASCONE
31 luglio 2019 - dalle ore 10.30 alle 11.30

SPORTELLO ANTICORRUZIONE
La Community dei Responsabili Anticorruzione e Trasparenza

I tre tipi di accesso

Con il D.lgs. n. 33/2013 come integrato dal D.lgs. n. 97/2016 esistono tre tipi di accesso:

- a) **quello “classico”** ai documenti amministrativi, regolato dalla legge n. 241/1990, esteso a tutti i documenti detenuti dalla P.A. ma consentito solo a chi vanta un interesse adeguatamente qualificato e differenziato;
- b) **quello “civico” (o civico in senso proprio)**, che riguarda i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria e che può essere esercitato da “chiunque”, a prescindere da un interesse qualificato e differenziato;
- c) **quello c.d. “generalizzato” (o civico in senso improprio)**, che riguarda “documenti e dati ulteriori” (si intende rispetto a quelli oggetto del dovere di pubblicazione), che può essere esercitato, al pari dell’accesso civico, da chiunque, a prescindere dalla prova di un interesse differenziato e che si estende però, a differenza dell’accesso civico, a qualunque dato o documento in possesso dell’amministrazione, quale forma di controllo generalizzato sull’operato della stessa.
- d) e fermo l’accesso ai dati personali.

Già il d.lgs. n. 33/2013 prevedeva la nomina di un soggetto appositamente deputato a governare il processo di pubblicazione dei dati, denominato “responsabile della trasparenza”, che poteva o meno coincidere con il “responsabile della prevenzione della corruzione”; inoltre lo stesso d.lgs. n. 33/2013 imponeva alle amministrazioni l’approvazione di un apposito atto programmatico, denominato Piano Triennale della Trasparenza, con cui l’amministrazione -fatto il punto sullo stato di attuazione al proprio interno dei nuovi doveri di pubblicazione, avrebbe dovuto individuare le azioni e le strategie in grado di garantire la piena attuazione della nuova disciplina.

Sul punto il FOIA ha inciso profondamente, prevedendo, in primo luogo, l’integrazione del Programma Triennale della Trasparenza e dell’integrità all’interno del Piano Triennale della Prevenzione della Corruzione, che diventa ora anche Piano della trasparenza (PTPCT), in cui deve essere chiaramente identificata la sezione appositamente dedicata alla trasparenza: l’intento del legislatore è quello di promuovere una “programmazione integrata” del ciclo dell’anticorruzione e di quello della trasparenza, considerando la il secondo strumento di concreta attuazione del primo.

Inoltre il FOIA, modificando l’art. 1, comma 7 della legge n. 190/2012, prevede ora che vi sia un unico responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, anche se la novella difetta di coordinamento con l’art. 43 del d.lgs n. 33/2013, nel quale parrebbe permanere la possibilità di avere due differenti responsabili; l’Anac, nelle Linee Guida n. 1310/2016, ritiene che questa possibilità debba essere interpretata restrittivamente, attesa la volontà espressa dal legislatore nel decreto 97/2016.

Le Linee Guida ANAC sulle differenze tra i tre tipi di accesso

Nelle Linee Guida ANAC si rinvengono affermazioni molto chiare su questo delicato aspetto, che si riportano di seguito nei brani più significativi.

L'accesso generalizzato non sostituisce l'accesso civico "semplice" (d'ora in poi "accesso civico") previsto dall'art. 5, comma 1 del decreto trasparenza, e disciplinato nel citato decreto già prima delle modifiche ad opera del d.lgs. 97/2016. L'accesso civico rimane circoscritto ai soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati dall'inadempienza.

I due diritti di accesso, pur accomunati dal diffuso riconoscimento in capo a "chiunque", indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva connessa, sono quindi destinati a muoversi su binari differenti, come si ricava anche dall'inciso inserito all'inizio del comma 5 dell'art. 5, "fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria", nel quale viene disposta l'attivazione del contraddittorio in presenza di controinteressati per l'accesso generalizzato. L'accesso generalizzato si delinea come affatto autonomo ed indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione e come espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati all'art. 5 bis, commi 1 e 2, e dall'altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5 bis, comma 3).

L'accesso generalizzato deve essere anche tenuto distinto dalla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (d'ora in poi "accesso documentale").

La finalità dell'accesso documentale ex l. 241/90 è, in effetti, ben differente da quella sottesa all'accesso generalizzato ed è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà -partecipative e/o oppositive e difensive- che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari. Più precisamente, dal punto di vista soggettivo, ai fini dell'istanza di accesso ex lege 241 il richiedente deve dimostrare di essere titolare di un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"; mentre la legge 241/90 esclude, inoltre, perentoriamente l'utilizzo del diritto di accesso ivi disciplinato al fine di sottoporre l'amministrazione a un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato, oltre che quello "semplice", è riconosciuto proprio "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico".

Dunque, l'accesso agli atti di cui alla l. 241/90 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi: tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso di cui alla legge n. 241/1990, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti, rispetto al caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni.

In sostanza, come già evidenziato, essendo l'ordinamento ormai decisamente improntato ad una netta preferenza per la trasparenza dell'attività amministrativa, la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata solo dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni; vi saranno dunque ipotesi residuali in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato.

Si consideri, d'altra parte, che i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla legge 241/1990, se motivati con esigenze di "riservatezza" pubblica o privata devono essere considerati attentamente anche ai fini dell'accesso generalizzato, ove l'istanza relativa a quest'ultimo sia identica e presentata nel medesimo contesto temporale a quella dell'accesso ex l. 241/1990, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposta. Si intende dire, cioè, che laddove l'amministrazione, con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex l. 241/1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della 241/1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti. Tali esigenze dovranno essere comunque motivate in termini di pregiudizio concreto all'interesse in gioco. Per ragioni di coerenza sistematica, quando è stato concesso un accesso generalizzato non può essere negato, per i medesimi documenti e dati, un accesso documentale.

Sentenza del CdS sez. III n. 1546 del 06.03.2019

Si impone una attenta ricostruzione storica e sistematica del nuovo istituto dell'accesso civico recato dal D.lgs. n. 33/13 e s.m. e .i nell'ambito del nostro sistema Costituzionale.

In particolare, l'art. 5 prevede che "1. 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.

2. 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 giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.

3. L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente. L'istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione. L'istanza può essere trasmessa per via telematica secondo le modalità previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ed è presentata alternativamente ad uno dei seguenti uffici:

- a) all'ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti;
 - b) all'Ufficio relazioni con il pubblico;
 - c) ad altro ufficio indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale;
 - d) al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ove l'istanza abbia a oggetto dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del presente decreto.
4. Il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo è gratuito, salvo il rimborso del costo effettivamente sostenuto e documentato dall'amministrazione per la riproduzione su supporti materiali.

5. Fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria, l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, 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. A decorrere dalla comunicazione ai controinteressati, il termine di cui al comma 6 è sospeso fino all'eventuale opposizione dei controinteressati. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione.

6. Il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati. In caso di accoglimento, l'amministrazione provvede a trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti, ovvero, nel caso in cui l'istanza riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del presente decreto, a pubblicare sul sito i dati, le informazioni o i documenti richiesti e a comunicare al richiedente l'avvenuta pubblicazione dello stesso, indicandogli il relativo collegamento ipertestuale. In caso di accoglimento della richiesta di accesso civico nonostante l'opposizione del controinteressato, salvi i casi di comprovata indifferibilità, l'amministrazione ne dà comunicazione al controinteressato e provvede a trasmettere al richiedente i dati o i documenti richiesti non prima di quindici giorni dalla ricezione della stessa comunicazione da parte del controinteressato. Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'articolo 5-bis. Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza può chiedere agli uffici della relativa amministrazione informazioni sull'esito delle istanze.

7. Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'articolo 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta.

Il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni. Avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

8. 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. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Il ricorso va altresì notificato all'amministrazione interessata. Il difensore civico si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso. Se il difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento, ne 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. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico, il termine di cui all'articolo 116 del Codice del processo amministrativo decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il difensore civico provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per la pronuncia del difensore è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni.

9. Nei casi di accoglimento della richiesta di accesso, il controinteressato può presentare richiesta di riesame ai sensi del comma 7 e presentare ricorso al difensore civico ai sensi del comma 8.

10. Nel caso in cui la richiesta di accesso civico riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del presente decreto, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ha l'obbligo di effettuare la segnalazione di cui all'articolo 43, comma 5.

11. Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dal Capo II, nonché le diverse forme di accesso degli interessati previste dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241.”

Dal complessivo testo dell'articolo si evince il diritto di chiunque di richiedere dati, informazioni e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, non solo quando l'Amministrazione non ottemperi all'obbligo di legge di pubblicarli (comma 1), bensì anche (comma 2) "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali", nel rispetto della procedura di tutela degli eventuali controinteressati disciplinata dai commi seguenti e nei (soli) limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5 bis del medesimo decreto legislativo n. 33/2013 secondo cui:

"1. L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive. 2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto 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.

3. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli 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.

4. Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti".

5. I limiti di cui ai commi 1 e 2 si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato. L'accesso civico non può essere negato ove, per la tutela degli interessi di cui ai commi 1 e 2, sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento.

Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico l'ANAC adotta proprie linee guida.

L'art. 5 bis citato consente, quindi, di individuare casi eccezionali in cui il soggetto non può ottenere l'accesso civico, mediante l'individuazione tassativa delle fattispecie in cui, nel bilanciamento di interessi contrapposti, l'accesso è suscettibile di pregiudicare un interesse generale di natura pubblica ovvero un affidamento tutelato di natura privata.

Non è controverso che il diritto di accesso di cittadini ed imprese ai documenti ed alle informazioni detenuti dall'Amministrazione costituisca il necessario corollario dei principi di trasparenza e di partecipazione che devono caratterizzare l'attività amministrativa alla stregua dei principi fondamentali di legalità, di tutela dei diritti della persona e di uguaglianza e non discriminazione sanciti dai primi tre articoli della Costituzione che, al contempo, esso attua l'art. 97 e i principi di imparzialità e di buon andamento dell'Amministrazione.

Già con la legge n. 241 del 1990, il legislatore nazionale ha previsto il "diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi" (art. 22, comma 1, lett. a), legge n.241/1990.) configurando tale previsione come "principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza" e includendo, giuste le previsioni di cui all'art 29, comma 2 bis, della medesima legge, i contenuti di tale "diritto" tra i livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost..

In tale primigenia configurazione della posizione giuridica soggettiva, l'accesso viene garantito "agli interessati": non basta, come precisato dalla giurisprudenza, la semplice curiosità, essendo necessario invece un interesse di base differenziato e meritevole di tutela, secondo la titolarità e nei limiti dell'utilità di una posizione giuridicamente rilevante.

9La legge n. 241/1990 ha costruito il "diritto di accesso" in termini di protezione diretta di un bene della vita, secondo lo schema del diritto soggettivo. Sotto il profilo processuale la tutela di tale diritto è stata ricompresa nell'ambito delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ciò nonostante è comunque prevalsa la tesi che non si tratti di un diritto soggettivo in senso proprio e che l'accesso vada inquadrato, al di là del nomen utilizzato dalla legge, nella categoria dell'interesse legittimo, conseguendone la necessità che il diniego di accesso, quale provvedimento in senso proprio, sia impugnato nel termine di decadenza di 60 giorni, piuttosto che nel termine più lungo di prescrizione applicabile in via ordinaria ai diritti soggettivi (Consiglio di stato, Adunanza Plenaria 18 aprile 2006 n. 6 e 20 aprile 2006 n. 7).

Accanto a questa prima forma di accesso sono state introdotte, di recente, nell'ordinamento, altre fattispecie di accesso qualificabili in termini di diritto soggettivo in senso proprio, tra le quali la recente disposizione sul cosiddetto accesso civico, noto anche come Freedom of Information Act (FOIA) sulla scorta dell'esempio statunitense - introdotta nell'ambito della normativa anticorruzione con il sopra riportato art. 5 del decreto legislativo del 14 marzo 2013 n.33, come modificato dal decreto legislativo n. 97 del 2016, che prevede due fattispecie:

a) In primo luogo, chiunque può richiedere l'accesso alle informazioni e ai dati che le amministrazioni avrebbero comunque l'obbligo di pubblicare sui propri siti o con altre modalità tutte le volte in cui esse hanno omesso questo adempimento.

b) In secondo luogo, con previsione ancor più generale volta a "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico," si dispone che chiunque abbia diritto di accedere ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, anche a quelli per i quali non sussiste un obbligo di pubblicazione, anche se l'art. 5 bis prevede una serie di esclusioni in relazione alla necessità di tutelare interessi pubblici e privati come ad esempio la sicurezza nazionale, la difesa, le relazioni internazionali, la protezione dei dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza e più in generale tutti i casi di esclusione di cui all'art. 24, comma 1, della legge n.241/1990.

Sia l'accesso documentale ex art. 22 della legge n. 241/1990, sia l'accesso civico ex art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, hanno lo scopo di assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorire la partecipazione dei privati, ed entrambi gli istituti scontano talune limitazioni risultanti dalla ponderazione con altri interessi costituzionalmente rilevanti. Tuttavia nel primo caso il diritto di accesso è riconosciuto solamente al soggetto titolare di un interesse qualificato in relazione ad un procedimento amministrativo. Nel caso dell'accesso civico, viceversa, tale diritto è esteso a qualunque soggetto, singolo o associato, e non vi è la necessità di dimostrare un particolare interesse qualificato a richiedere gli atti o le informazioni, secondo il modello del Freedom of Information Act (FOIA), che trae ispirazione dalle esperienze storiche d'oltralpe e d'oltreoceano.

Al fine di interpretare ed applicare correttamente il nuovo istituto, occorre considerare che il modello FOIA è da tempo presente nella storia delle moderne democrazie: già nel 1766 si parlava in Svezia di libertà d'informazione, ed oggi è divenuto uno standard informativo il modello entrato in vigore negli Stati Uniti nel 1966, mediante il quale le agenzie dell'Executive Branch del Governo Federale hanno l'obbligo di rendere noti e di pubblicare, in modo celere, nel "Federal Register", un'ampia varietà di documenti a vantaggio dei cittadini.

Il FOIA statunitense inoltre stabilisce che ogni ente governativo deve rendere disponibili a chiunque i documenti non inerenti agli obblighi di pubblicazione. Si tratta dunque di un'accessibilità pressoché totale (i cui limiti sono specificamente delineati in nove eccezioni) che ne fa, secondo i commentatori più attenti, uno degli indicatori più significativi del tasso di democraticità del sistema di governo americano.

In particolare, nel Freedom of Information Act il "right to know", diritto di essere informati, persegue tre diversi obiettivi, il primo, "accountability", vuole consentire un controllo diffuso sull'operato degli enti pubblici allo scopo di evitare fenomeni di corruzione. La seconda finalità, "participation", vuole garantire ai cittadini una partecipazione consapevole alle decisioni pubbliche. Infine, con la "legitimacy" si vogliono rafforzare le stesse pubbliche amministrazioni, che devono agire in completa trasparenza nei confronti dei cittadini.

Il percorso per la trasparenza nel nostro Paese è iniziato solo in tempi più recenti: la prima norma contenente il diritto di accesso è entrata in vigore solo nel 1990 con la già citata legge n.241 sul procedimento amministrativo. Successivamente, il sopra citato decreto legislativo n.33/2013 ha disciplinato la pubblicazione on line di informazioni rilevanti sui siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni. Peraltro l'obbligo di pubblicazione, riguardante grandi quantità di dati talvolta di scarso interesse per le imprese e per i cittadini, è stato nuovamente disciplinato dal decreto legislativo n. 97/2016, che ha modificato il decreto n. 33/2013 precisando le informazioni da pubblicare nelle pagine web istituzionali. La medesima fonte ha infine introdotto, come già ricordato, un nuovo sistema di accesso civico, tendenzialmente generalizzato, che si ispira al sopracitato FOIA statunitense secondo la regola primaria della general disclosure di qualsiasi atto, salvo tassative eccezioni, anche se non sottoposto a pubblicazione.

L'introduzione del nuovo istituto di matrice anglosassone è stata accompagnata da talune perplessità ed incertezze applicative, riferite sia ai problemi di coordinamento derivanti dal mantenimento dei precedenti istituti di trasparenza amministrativa, sia alla radicale ridefinizione del rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione ed alle possibili difficoltà organizzative derivanti per quest'ultima dalla possibilità generalizzata e diffusa di presentare richieste di accesso alle informazioni o agli atti pubblici senza dover fornire alcuna motivazione.

Osserva tuttavia il Collegio che il nuovo accesso civico risponde pienamente ai sopraindicati principi del nostro ordinamento nazionale di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della "Cosa pubblica" ai sensi degli articoli 1 e 2 della Costituzione, nonché, ovviamente, dell'art. 97 cost., secondo il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 della Costituzione.

In particolare l'art. 118 Cost., al primo comma prevede che "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza", sancendo il principio di sussidiarietà c.d. "verticale", volto ad avvicinare le competenze dei pubblici uffici ai cittadini e alle loro associazioni, secondo il modello di "Stato delle Autonomie" già delineato dall'art. 5 Cost.. Esso, al quarto ed ultimo comma, introduce il principio di sussidiarietà in senso c.d. "orizzontale", sancendo che "Stato, Regioni, Province, Città Metropolitane e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio della sussidiarietà".

Il “nuovo” principio di sussidiarietà è, quindi, volto a favorire “l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati”, ovvero a favorire la partecipazione dei cittadini e delle formazioni sociali (imprenditoriali ed associative) nelle quali si svolge la loro personalità, ai sensi dell’art. 2 Cost., alla cura e al buon andamento della “Cosa pubblica” mediante “lo svolgimento di attività d’interesse generale”. In tal modo, viene riconosciuto in primis il valore del volontariato, che insieme alla cooperazione costituisce un patrimonio storico della nostra nazione (attualmente il “Terzo settore” annovera in Italia circa sette milioni di volontari impegnati a vario titolo, insieme a più di tremila associazioni e organizzazioni “no profit”, nell’assistenza ai più bisognosi e nella tutela della persona, dell’ambiente e della cultura, dando uno spontaneo adempimento ai “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” previsti dall’art. 2 Cost.). Al tradizionale modello solidaristico va progressivamente affiancandosi un nuovo modello di “cittadinanza attiva”, già patrimonio della lunga storia della democrazia in Europa e nei Paesi anglosassoni ma non estraneo alla storia Italiana, dai Comuni alle Repubbliche marinare, dalle Società di mutuo soccorso alle Cooperative di lavoro, dalle Signorie alle attuali “Misericordie” che affiancano i servizi sociali comunali. Tale nuovo modello è caratterizzato, alla stregua delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell’interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce.

La sopradescritta disciplina nazionale del nuovo accesso civico, inquadrandosi in questo secondo modello, si pone in diretta attuazione delle previsioni costituzionali risultanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, quale istituto strumentale volto ad assicurare le condizioni –ovvero la conoscibilità generalizzata degli atti e delle informazioni in possesso dell’Amministrazione- necessarie “al fine 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” (art. 5, citato, sull’accesso civico) e quindi volte a favorire la “autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale” (art. 118 Cost., citato, che introduce il principio di sussidiarietà).

La ricostruzione del predetto quadro normativo consente al Collegio di evidenziare che il nuovo accesso civico, che attiene alla cura dei beni comuni a fini d’interesse generale, si affianca senza sovrapposizioni alle forme di pubblicazione on line del 2013 ed all’accesso agli atti amministrativi del 1990, consentendo, del tutto coerentemente con la ratio che lo ha ispirato e che lo differenzia dall’accesso qualificato previsto dalla citata legge generale sul procedimento, l’accesso alla generalità degli atti e delle informazioni, senza onere di motivazione, a tutti i cittadini singoli ed associati, in guisa da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della “Cosa pubblica”, oltreché mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e per garantire l’imparzialità e il buon andamento dell’Amministrazione. Ciò accade, a giudizio del Collegio, anche nella specifica fattispecie in esame. La Coldiretti infatti, dopo una prima domanda di accesso generalizzato che comprendeva la richiesta di un collegamento alle banche dati dell’Amministrazione - ritenuta eccessivamente generica dall’Amministrazione e pertanto respinta con l’atto gravato con il ricorso principale di primo grado - ha liberamente proposto una nuova domanda, analoga ma molto più circostanziata e quindi sostitutiva della precedente, sostanzialmente volta a verificare la corrispondenza e la non contraddittorietà fra le importazioni di latte e di prodotti a base di latte da parte dei singoli operatori nazionali, da un lato, e le indicazioni fornite al consumatore in etichetta a termini di legge circa l’origine delle materie prime utilizzate dall’altro. Tali finalità corrispondono proprio a quelle forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e di partecipazione degli amministrati al dibattito pubblico, previste dalla nuova normativa del 2016 sull’accesso civico.

Considerato che il diritto di accesso civico spetta a “chiunque” non appare dubbia la legittimazione della Coldiretti a proporre una domanda di accesso a documenti e ad informazioni, a maggior ragione se riguardanti un mercato in cui essa rappresenta la maggioranza degli operatori economici perseguendone, per finalità statutaria, la tutela e lo sviluppo, posto che la completa informazione dei consumatori (oltre a costituire un diritto di questi ultimi, sancito dal Codice del consumo) può favorire un corretto e regolato confronto concorrenziale, nonché un aumento dei consumi interni ed un ulteriore sviluppo di quel mercato. Ciò è vero e dirimente anche laddove dovesse tradursi in un danno per alcuni dei singoli operatori associati, posto che l’eventuale pregiudizio dei singoli non può andare a detrimento delle finalità associative statutariamente condivise.

In altre parole, e indipendentemente da ogni considerazione circa le dinamiche economiche sottese alla produzione nazionale ovvero alla importazione del latte e dei suoi derivati in una economia ormai globalizzata, non è ictu oculi priva di fondamento la tesi che la trasparenza e la credibilità di fronte ai consumatori circa la provenienza delle materie prime possa favorire lo sviluppo del mercato interno di riferimento, e che, conseguentemente, l’interesse di alcuni associati alla Coldiretti, potenzialmente pregiudicati dalle informazioni pubblicate, debba essere considerato recessivo in quanto non in linea con lo scopo comune della Coldiretti.

D’altro canto i dati e le informazioni richieste per conseguire la predetta finalità, ossia per ricostruire la filiera delle importazioni di ogni singolo produttore nazionale al fine di suscitare un controllo diffuso ed un dibattito circa la rispondenza fra etichette dei singoli prodotti offerti sul mercato e reali importazioni dei singoli produttori, non potrebbero essere raccolti dall’Associazione solo presso i propri iscritti né potrebbero essere sostituite dal proposto report periodico con dati aggregati. Il richiesto accesso ai dati a disposizione dell’Amministrazione in relazione ai procedimenti amministrativi concernenti l’importazione di materie prime e semilavorati da parte dei singoli operatori, oltre a consentire una verifica circa la complessiva affidabilità del controllo pubblico in ordine al rispetto dell’obbligo degli stessi operatori di indicare in etichetta l’origine degli ingredienti di alcuni alimenti, consentirebbe di integrare la predetta forma di pubblicità quanto alla complessiva provenienza delle materie prime utilizzate per produrre in Italia gli ingredienti ed i semilavorati a propria volta utilizzati nei prodotti commercializzati dal medesimo operatore, ma non indicati, a termini di legge, in etichetta.

Quanto all'obiezione che l'accesso potrebbe compromettere i diritti degli operatori economici importatori, evidenzia il Collegio che l'art. 5 soprariportato disciplina dettagliatamente il procedimento in contraddittorio che l'Amministrazione deve obbligatoriamente avviare al ricevimento della domanda al fine di tutelare i possibili controinteressati, non potendo certamente l'Amministrazione limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, e dovendo invece motivare, in modo puntuale, la effettiva sussistenza di un reale e concreto pregiudizio agli interessi considerati dai commi 1 e 2 del soprariportato art. 5 bis.

Sulla questione l'ANAC ha emanato nel 2016 le 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", ed in tale documento viene affermato che "Affinché l'accesso possa essere rifiutato, il pregiudizio agli interessi considerati ai commi 1 e 2 deve essere concreto, quindi deve sussistere un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio. L'Amministrazione, in altre parole, non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà:

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

Risulta, quindi, confermata l'erroneità del diniego di accesso alle informazioni richieste dalla Coldiretti, in quanto il pregiudizio paventato ai controinteressati era solo ipotetico e comunque agevolmente rimovibile mediante la richiesta iniziale di segnalare specifiche ed ipotetiche circostanze ostative, purché riferite a profili diversi rispetto alle informazioni già obbligatoriamente riportate in etichetta, alla stregua del comma 5 del citato art. 5, che disciplina la comunicazione ai soggetti controinteressati "fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria".

Alla luce della predetta precisazione normativa, in particolare, neppure può assumere rilievo la considerazione circa il diverso impatto derivante dai diversi modi di divulgazione dei dati ai consumatori, i quali non possono essere pregiudizialmente ritenuti disattenti nella lettura delle informazioni già obbligatoriamente riportate in etichetta e nel conseguente giudizio sui prodotti.

Conclusivamente, il Collegio riconosce il diritto d'accesso civico in capo all'associazione ricorrente. Ne consegue l'obbligo dell'Amministrazione intimata di dare corso, senza alcun indugio, alla domanda di "accesso civico" dell'Associazione, previa attivazione e conclusione, nei termini di legge, della procedura di confronto con i potenziali controinteressati, i quali, in relazione alla specificità del caso, potranno essere interpellati preliminarmente in via generale secondo modalità telematiche.

L'Amministrazione potrà, se del caso, tenere conto (mediante il parziale oscuramento dei dati) solo di eventuali specifiche ragioni di riservatezza dei controinteressati, puntualmente motivate e circostanziate, eventualmente ritenute meritevoli di protezione, ma con riferimento a profili diversi ed ulteriori rispetto a quelli già implicitamente superate dai vigenti obblighi di informazione dei consumatori.

CIRCOLARE 1/2019 DIPARTIMENTO FUNZIONE PUBBLICA

Il regime dei costi

Il decreto trasparenza stabilisce che chiunque ha diritto di fruire “gratuitamente” di tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (art. 3, comma 1), e che *“il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo è gratuito, salvo il rimborso del costo effettivamente sostenuto e documentato dall’amministrazione per la riproduzione su supporti materiali”* (art. 5, comma 4). Anche secondo la disciplina sull’accesso agli atti delle istituzioni dell’Unione europea (art. 10 del Reg. CE n. 1049/2001), è possibile addebitare al richiedente i soli costi di riproduzione e di spedizione dei documenti (se superiori a 20 pagine), mentre la consultazione in loco e l’accesso elettronico o tramite i registri è gratuita. La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato esclude che il rimborso possa costituire una barriera economica in grado di ostacolare l’esercizio del diritto.

I costi di cui si chiede il rimborso devono essere predeterminati mediante un tariffario e comunque prospettati al richiedente prima delle attività di riproduzione. Le tariffe possono coincidere con quelle già adottate per l’accesso procedimentale, ferma restando la proporzionalità e la corrispondenza delle stesse al costo effettivamente sostenuto e documentato dalla pubblica amministrazione. Nel caso in cui un’amministrazione non si sia dotata di un tariffario in materia di accesso, occorre far riferimento ai prezzi medi praticati nel mercato di riferimento.

La notifica ai controinteressati

In base all'art. 5, comma 5, del decreto trasparenza, «Fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria, l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, 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».

Al riguardo, è opportuno precisare che, rispetto a una domanda di accesso civico generalizzato, sono qualificabili come controinteressati tutti i soggetti che possono subire un pregiudizio concreto agli interessi privati indicati dall'art. 5-bis, comma 2, del decreto trasparenza, quali protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi proprietà intellettuale, diritto d'autore e segreti commerciali. In tale quadro, si precisa che con particolare riferimento ai dati personali, sono tali solo quelli riferibili a persone fisiche identificate o identificabili ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 1, del Regolamento (UE) 2016/6791.

Per quanto riguarda, poi, le modalità di comunicazione della richiesta di accesso civico generalizzato ai controinteressati, il richiamato art. 5, comma 5, ne identifica due: l'invio di copia della richiesta “con raccomandata con avviso di ricevimento”, o l'invio “per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione”. La finalità di questa disposizione è consentire ai controinteressati di esercitare il diritto di difesa nell'ambito del procedimento amministrativo di accesso.

L'art. 5 del decreto trasparenza disciplina le modalità di partecipazione dei controinteressati al procedimento di accesso civico di prima istanza, che si svolge davanti alla "amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso". In sede di applicazione della normativa è emersa l'esigenza di assicurare la partecipazione dei controinteressati anche nel procedimento di riesame. Questa esigenza si pone, in particolare, nel caso in cui il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) constati che in prima istanza la partecipazione non sia avvenuta per una erronea valutazione circa la sussistenza del pregiudizio agli interessi privati di cui all'art. 5-bis, comma 2, del decreto trasparenza.

In questo caso, la partecipazione dei controinteressati al procedimento di riesame deve ritenersi senz'altro ammissibile, trattandosi dell'unica opzione in grado di assicurare al controinteressato l'esercizio del diritto di difesa nell'ambito del procedimento amministrativo. Ne consegue, nell'ipotesi indicata, l'obbligo per il RPCT di comunicare l'avvio del procedimento anche al controinteressato pretermesso, in applicazione dell'art. 7, comma 1, della l. n. 241 del 1990, che, in via generale, impone al responsabile del procedimento di comunicare l'avvio a coloro che possano ricevere un pregiudizio dal provvedimento finale.

7. Il termine per proporre l'istanza di riesame

Il decreto trasparenza non individua un termine entro il quale proporre la domanda di riesame. Tuttavia, ritenere che tale domanda sia proponibile senza termine darebbe luogo a problemi applicativi, legati al protrarsi nel tempo della situazione di incertezza circa l'effettiva conclusione della vicenda amministrativa relativa alla ostensibilità dei dati e/o dei documenti richiesti.

In particolare, l'assenza di un termine per l'attivazione del procedimento di riesame è suscettibile di determinare un sostanziale aggiramento del termine di decadenza (30 giorni) previsto per impugnare la decisione dell'amministrazione davanti al giudice o al difensore civico. Una domanda di riesame avanzata a distanza di mesi o anni dalla decisione di prima istanza, infatti, consentirebbe, tramite l'impugnazione del provvedimento del RPCT, di attivare il rimedio giurisdizionale (o il rimedio amministrativo, rappresentato dal ricorso al difensore civico) in un tempo anche molto lontano dalla prima decisione. La finalità del termine di decadenza – permettere, per ragioni di certezza giuridica, il consolidarsi degli effetti dell'atto non tempestivamente impugnato – sarebbe, così, vanificata.

Per prevenire questo esito, appare ragionevole ritenere che il procedimento di riesame debba essere attivato entro il termine di 30 giorni dalla decisione di prima istanza, corrispondente al termine di decadenza previsto per la proposizione dei summenzionati rimedi (ricorso al giudice e al difensore civico). Tale termine, pur non espressamente previsto dall'art. 5, c. 7, del decreto trasparenza, è disciplinato in via generale dalla disciplina generale dei ricorsi amministrativi, al quale l'istituto del riesame è riconducibile. In particolare, ai sensi dell'art. 2, c. 1, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, il ricorso amministrativo in unica istanza all'organo sovraordinato contro un atto amministrativo non definitivo “deve essere proposto nel termine di trenta giorni dalla data della notificazione o della comunicazione in via amministrativa dell'atto impugnato e da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza”. Decorso tale termine, il RPCT può dichiarare irricevibile l'istanza, fatti salvi i casi in cui la tardività appaia incolpevole o giustificata dall'istante.

Gli strumenti a supporto dei cittadini nella proposizione delle richieste di accesso

Agevolare i cittadini nella proposizione delle richieste di accesso civico generalizzato è essenziale per abbattere le barriere psicologiche e burocratiche che ne ostacolano un pieno utilizzo. Tali barriere compromettono la piena realizzazione delle finalità di partecipazione consapevole alle decisioni pubbliche e di controllo diffuso sull'operato delle amministrazioni che sono proprie del modello FOIA.

Per ridurre questi ostacoli e promuovere un più ampio utilizzo di questo importante istituto di trasparenza, il Dipartimento della funzione pubblica metterà a disposizione dei cittadini, sul sito www.foia.gov.it, una procedura guidata che – sulla base di pochi elementi qualitativi (ad esempio, ambito tematico, localizzazione, interesse conoscitivo) – faciliterà al richiedente la corretta individuazione sia della tipologia di accesso rispondente al suo interesse, sia dell'amministrazione destinataria della richiesta.

Le amministrazioni, dal canto loro, potrebbero mettere a disposizione degli utenti un modulo online per la richiesta di accesso che preveda i campi indicati nell'allegato n. 1 alla Circolare FOIA n. 2/2017 e consenta di specificare l'ambito a cui afferiscono i dati e i documenti richiesti, così da facilitare l'individuazione dell'amministrazione competente alla trattazione della stessa (si veda, a titolo di esempio, il modulo messo a disposizione da ANAC sul proprio sito Internet).