

*TRASPARENZA E ACCESSO
NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE*

ANTONIO FRATANGELO

*TRASPARENZA E ACCESSO
NELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE*

Studio comparativo



Impaginazione: Giovanna Cimmino

Stampa: Grafica Elettronica srl - Napoli



ISBN 978-88-99306-32-8

© 2016 by Paolo Loffredo - Iniziative editoriali srl -
Napoli-Catania - iniziativeeditoriali@libero.it

*“Je crois que vous rendez service à la nation
En vous élevant contre le secret des procédures”*

*(Credo che rendiate un servizio alla nazione
protestando contro il segreto delle procedure)*

Voltaire, 1775

(Citato da B. Lasserre, N. Lenoir, B. Stirn,
La transparence Administrative, éditions P.U.F.,1987)

*Ringrazio mio padre Mario Fratangelo
per la collaborazione offertami nella traduzione
della normativa estera.*

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni, nel campo della Pubblica Amministrazione, si è posto l'accento su alcuni principi fondamentali che concernono i livelli essenziali delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali che lo Stato deve garantire uniformemente sul territorio nazionale, in particolare, la pubblicità e la trasparenza.

La “pubblicità” si concretizza nel rispetto delle regole organizzative sugli atti, affinché siano conoscibili, mentre la “trasparenza”, che esprime la necessità che la Pubblica Amministrazione operi secondo metodologie e misure comprensibili ed evidenti all'esterno, costituisce un elemento fondamentale della legislazione amministrativa imposto sia come misura di prevenzione dei fenomeni di corruzione – infatti essa è un grande deterrente contro la corruzione e l'illegalità – sia come strumento per velocizzare e migliorare l'accesso alle informazioni relative all'attività amministrativa mediante l'uso di tecnologie telematiche, la creazione di uffici relazioni con il pubblico (U.R.P.) e, come ha stabilito il D.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 (cd. Riforma Brunetta), la pubblicazione sui siti istituzionali delle strutture pubbliche.

L'attività amministrativa deve essere, però, chiara e la sua applicazione prevedibile per coloro che vi sono sottoposti, in modo che possano agire in maniera adeguata (cd. certezza del diritto). Ciò al fine di assicurare un pieno e corretto rispetto del principio di democrazia e soprattutto di permettere ai cittadini di effettuare un controllo sull'operato della Pubblica Amministrazione, valutando la sua conformità ai principi costituzionali di uguaglianza, di responsabilità, di efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche.

La trasparenza rappresenta una garanzia delle libertà individuali e collettive che a) integra il diritto ad una buona amministrazione

(principio contenuto nell'art. 41 della Carta di Nizza del 2000); b) concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al completo servizio dei cittadini; c) costituisce uno dei principali mezzi di coinvolgimento e di controllo sociale sui comportamenti e sulle attività poste in essere dai pubblici amministratori.

Un corollario fondamentale del principio di trasparenza è il cd. "diritto di accesso", che costituisce un principio generale dell'attività amministrativa e sancisce la fine della segretezza dei documenti amministrativi, tranne di quelli tassativamente stabiliti dalla legge (vale a dire quelli coperti da segreto di Stato e quelli relativi ai dati sensibili e ai dati giudiziari, ai fini di una loro tutela). In questi casi, secondo il D.lgs. n. 196/2003 (cd. Legge sulla privacy), occorre conciliare l'esigenza dell'accesso con quella della riservatezza, sicché si ammette l'accesso, se necessario per la cura e la difesa di interessi giuridici, ma con modalità ed accorgimenti tecnici tali da non mortificare la riservatezza.

Nel concreto, vi sono delle ipotesi in cui risulta difficile e delicato il bilanciamento tra accesso e riservatezza. Si pensi, ad esempio, all'accesso agli elaborati delle procedure concorsuali permesso soltanto al candidato che sia titolare di una situazione giuridicamente rilevante.

Più precisamente, il diritto di accesso, disciplinato dagli artt. 22 e ss. della Legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990, consiste nell'obbligo previsto in capo alla Pubblica Amministrazione di pubblicare documenti amministrativi e nel diritto degli interessati a prenderne visione ed estrarne copia, dove per "interessati" si intendono i privati che abbiano un interesse "diretto (cioè personale), concreto (cioè tangibile), serio (cioè non finalizzato a recare molestie e turbative) ed attuale", corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento.

Secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali, anche il soggetto pubblico (ossia il dipendente di una Pubblica Amministrazione) ha titolo all'accesso alla stregua di un soggetto privato,

ma soltanto per gli atti attinenti al suo rapporto di lavoro, anche se privatizzato, purché l'acquisizione di documenti amministrativi si informi al "principio di legale cooperazione istituzionale".

La richiesta di accesso ai documenti amministrativi deve essere motivata, con indicazione delle ragioni che la giustificano, tranne nel caso in cui soggetti interessati siano consiglieri comunali e provinciali oppure l'accesso riguardi informazioni relative alla materia ambientale la cui disciplina è rinvenibile nel D.lgs. 19 agosto del 2005, n. 195, e deve essere rivolta all'Amministrazione che ha formato il documento o lo detiene stabilmente, la quale entro il termine di 30 giorni, deve procedere alla pubblicazione dello stesso sul suo sito istituzionale e trasmetterlo al richiedente.

Se l'Amministrazione abbia ommesso di pubblicare il documento, secondo l'art. 5 del D.lgs. sulla Trasparenza 14 marzo 2013, n. 33, chiunque può avvalersi dell'istituto del cd. "accesso civico", consistente nel diritto di conoscere, utilizzare e riutilizzare i dati, le informazioni e i documenti pubblici, purché oggetto di pubblicazione obbligatoria.

L'accesso civico è esercitabile senza che vi sia necessità di motivare la domanda e può avere ad oggetto non soltanto documenti amministrativi (come l'accesso previsto dalla Legge n. 241/1990), ma anche informazioni e dati in possesso alla Pubblica Amministrazione.

La condotta consistente nel non compiere l'atto dovuto entro il termine di 30 giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse, senza rispondere esponendo le ragioni del ritardo, integra la fattispecie del "reato di omissione di atti d'ufficio" di cui all'art. 328 comma 2 del codice penale, a condizione che vi sia una richiesta scritta da parte del privato (cioè l'istanza di messa in mora con la quale si chiede all'Amministrazione di provvedere) ed un obbligo di avvio del procedimento.

L'effetto penale obbedisce all'esigenza di reprimere quei comportamenti del pubblico ufficiale che contravvengono ai principi di correttezza e buon andamento dell'attività della Pubblica Amministrazione.

Sul punto, però, la giurisprudenza non è univoca: una parte di essa ritiene che nel caso in cui il silenzio non sia significativo ricorrono gli estremi dell'art. 238 del codice penale, in quanto la "sequenza obbligo di attivazione-inadempimento" è pienamente integrata. Nei casi, invece, di silenzio significativo, attribuisce al silenzio il valore di un atto amministrativo positivo o negativo a tutti gli effetti. A tal proposito, l'art. 25 comma 4 della Legge n. 241/1990, nell'attribuire rilevanza giuridica al silenzio della Pubblica Amministrazione, funge da scriminante.

Pertanto, a fronte della legge penale che incrimina, in linea generale, la condotta del pubblico ufficiale che richiesto di provvedere ad un atto del proprio ufficio non risponde nel termine di 30 giorni, vi sono le disposizioni di legge specifiche che, prevedendo la fattispecie del silenzio-assenso, autorizzano il pubblico ufficiale a non rispondere all'istanza rivoltagli per iscritto, potendosi avvalere di tale modalità di risposta.

Tale assunto è stato, tuttavia, criticato dalla giurisprudenza di legittimità, che ha sostenuto la tesi della rilevanza non scriminante della norma di legge speciale su quella generale. In particolare, se il privato si rivolge all'Amministrazione con un'istanza di accesso agli atti, significa che essa è tenuta a provvedere ed il silenzio previsto dall'art. 25 della Legge n. 241/1990 equivale ad un provvedimento, quindi, non sarà integrato il reato di omissione di atti d'ufficio (ex art. 238 c. 2 del codice penale).

La Cassazione ha altresì chiarito che la fattispecie criminosa dell'omissione di atti d'ufficio, nella forma dell'art. 328 c. 2 del codice penale, ha riguardo esclusivamente alle condotte della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i soggetti ad essa esterni, non anche a quelle che abbiano avuto luogo all'interno dell'Amministrazione, che potranno integrare la diversa fattispecie di cui all'art. 328 c. 1 del codice penale od assumere rilevanza meramente disciplinare.

Al contrario, nel caso in cui vi sia un obbligo in capo all'Amministrazione di provvedere attraverso un atto amministrativo scritto,

per cui il silenzio non rientra tra i modi di provvedere, allora la mancata emanazione dell'atto fa sì che la condotta del soggetto preposto a provvedere (ad esempio, un funzionario inadempiente) integri il reato di omissione di atti d'ufficio ai sensi dell'art. 328 del codice penale. In tal caso, l'elemento soggettivo richiesto per il soggetto agente è il dolo, inteso non solo come consapevolezza e volontà di omettere un atto del proprio ufficio, ma anche come consapevole volontà di agire indebitamente.

Recentemente, la Suprema Corte ha sostenuto che ai fini dell'integrazione del reato di omissione di atti d'ufficio è irrilevante il formarsi del silenzio-rifiuto entro la scadenza del termine di 30 giorni dalla richiesta dell'interessato. Ne consegue che il silenzio-rifiuto deve considerarsi inadempimento e, quindi, come condotta omisiva richiesta per la configurazione della fattispecie incriminatrice. E di tale reato ne deve rispondere, in ogni caso, il pubblico ufficiale obbligato al corretto svolgimento dell'iter procedimentale per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Invece, qualora l'Amministrazione rifiuti o ritardi l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi dell'art. 116 del Codice del processo amministrativo del 2010 (approvato con il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), l'interessato può proporre ricorso, nel termine perentorio di 30 giorni, al Tribunale Amministrativo Regionale territorialmente competente, affinché in caso di accoglimento del ricorso, ordini all'Amministrazione l'esibizione dei documenti richiesti oppure, nel caso di atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, rivolgersi al cd. Difensore civico per ottenere che venga riesaminata la determinazione o interpellare la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, per gli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato.

La mancata impugnazione del diniego di accesso nei termini non consente, tuttavia, la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo rifiuto, laddove a questa possa riconoscersi

carattere meramente confermativo del primo. In altre parole, il cittadino potrà reiterare l'istanza di accesso e pretendere un riscontro alla stessa soltanto in presenza di fatti nuovi, sopravvenuti o meno, non rappresentati nell'originaria istanza od anche a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, cioè della posizione legittimante l'accesso.

Nell'ipotesi in cui non ricorrano tali elementi di novità e il cittadino si limiti a reiterare l'originaria istanza precedentemente respinta, l'Amministrazione potrà limitarsi a ribadire la propria precedente determinazione negativa.

Sempre con riferimento al giudizio proposto contro il diniego di accesso alla documentazione, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, esso ha natura impugnatoria, sicché è inammissibile il ricorso non notificato ad almeno un controinteressato, la cui qualità deve essere riconosciuta a coloro che, oltre ad essere nominativamente indicati nel provvedimento o comunque agevolmente individuabili in base ad esso, si presentino come portatori di un interesse giuridicamente qualificato alla conservazione dell'atto. E quando un provvedimento amministrativo è impugnabile entro un termine perentorio, è ravvisabile la posizione di interesse legittimo, tutelata dall'art. 103 del codice di procedura civile.

Per il secondo orientamento, invece, il diritto di accesso va qualificato come diritto in senso tecnico, per cui il ricorso proposto per la sua tutela deve essere inteso non come impugnativa di un provvedimento amministrativo, ma come diretto all'accertamento del diritto ed alla condanna del soggetto obbligato ad esibire i documenti richiesti. Pertanto, può trovare applicazione l'art. 102 del codice di procedura civile che disciplina l'istituto del litisconsorzio necessario, configurabile quando il rapporto controverso è comune a più parti e necessita di una pronuncia inscindibile, ed è impugnabile un diniego di accesso meramente confermativo di uno precedente.

L'opzione interpretativa che configura il diritto di accesso come interesse legittimo ha ricevuto l'autorevole avallo dell'Adunanza Ple-

naria del Consiglio di Stato (24 giugno 1999, n. 16), la quale ritiene che vada fatta applicazione del principio per cui il giudizio previsto dall'art. 25 della Legge n. 241/1990 è sottoposto alla generale disciplina del processo amministrativo. In questo modo, il ricorso deve essere notificato tanto all'organo che ha emanato l'atto impugnato quanto ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno ad uno tra essi.

Tale regola è coerente con il giudizio sull'accesso e con la posizione giuridica fatta valere con il ricorso ex art. 25 della Legge n. 241/1990.

Da ciò si evince come l'accesso agli atti costituisca, tuttora, un istituto dall'incerta natura dogmatica e collocazione sistematica.

Allo scopo di garantire il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione, il privato, secondo l'art. 2 comma 9-bis della Legge n. 241/1990 e, di recente, il Decreto Legge 9 febbraio 2012, n. 5 (cd. Decreto Semplifica Italia o Decreto Semplificazione e Sviluppo), convertito in Legge 4 aprile 2012, n. 35, in caso di inerzia della Pubblica Amministrazione, ossia quando la stessa ritardi dolosamente o colposamente ed inutilmente il termine di conclusione del procedimento d'accesso ai documenti amministrativi, l'interessato potrà altresì rivolgersi ad una "figura sostitutiva" (cioè un dirigente appositamente designato), indicato sul sito internet dell'Amministrazione, affinché concluda il procedimento entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, e chiedere il risarcimento del danno cagionato dal ritardo; tale azione è sottoposta ad un termine di decadenza di 120 giorni.

La Pubblica Amministrazione gode, tuttavia, della possibilità di differire l'accesso ai documenti amministrativi (cd. potere di differimento), qualora la conoscenza degli stessi impedisca od ostacoli gravemente lo svolgimento dell'azione amministrativa.

Ancora, secondo il D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (cd. Testo Unico sul Pubblico Impiego), oltre all'esercizio dell'attività amministrativa, gli obblighi di trasparenza riguardano anche l'organizzazione dei

pubblici uffici, nel senso che le amministrazioni pubbliche devono ispirare la propria organizzazione alla funzionalità, alla flessibilità, all'armonizzazione degli orari di servizio, al dovere di comunicazione (interna ed esterna) ed al perseguimento degli obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità e, quindi, al raggiungimento dei risultati con il minor dispendio di risorse.

Con l'approvazione del D.lgs. sulla Trasparenza 14 marzo 2013, n. 33, si sono riordinate in un unico corpus normativo le numerose disposizioni legislative in materia di informazione, trasparenza e pubblicità da parte delle pubbliche amministrazioni ed, in particolare, le prescrizioni contenute nella Legge n. 69/2009, nel D.lgs. n. 1550/2009 e nei Decreti Lette n. 83/2012 e n. 179/2012, convertiti, rispettivamente, nella Legge n. 134/2012 e n. 221/2012, la cui frammentarietà e complessità costituisce spesso il motivo della difficile applicazione della normativa in tema di trasparenza da parte dei pubblici funzionari e dirigenti.

Col d.lgs 16 maggio 2016, attuativo della legge n. 124/2015 (Riforma Madia), tale normativa è stata novellata, soprattutto in tema di accesso civico.

Il provvedimento normativo, ispirandosi al modello del "Freedom of Information Act" statunitense, introduce il principio dell'"accessibilità totale", anche attraverso la pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche e quindi l'incentivazione all'uso della telematica (ai sensi dell'art. 3 bis della Legge n. 241/1990), delle informazioni riguardanti ogni aspetto dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, allo scopo di favorire forme di controllo del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento (come prescritto dall'art. 97 della Costituzione) sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Riguardo all'informatizzazione amministrativa, con il Codice dell'Amministrazione Digitale del 2005 (modificato prima nel 2010 e, poi, nel 2012), che si configura come una specie di "Costituzione del mondo digitale" e, quindi, come il fulcro normativo fondamen-

tale per lo sviluppo informatico delle pubbliche amministrazioni finalizzato alla semplificazione ed al conseguimento di una maggiore efficacia dell'attività amministrativa, sono stati introdotti strumenti opportuni per una Pubblica Amministrazione che funzioni meglio e costi meno ai contribuenti, come ad esempio la posta elettronica certificata (PEC) per l'invio di comunicazioni ufficiali, e si è proceduti alla de-materializzazione dei documenti cartacei ed all'accelerazione dei tempi dei processi.

Processo di semplificazione amministrativa già avviato, nel dicembre del 2006, dall'Unione Europea, con la cd. "Direttiva Bolkestein", allo scopo di modernizzare i sistemi nazionali che disciplinano le attività ed i servizi.

Pertanto, garantire l'accesso nella Pubblica Amministrazione significa avere migliori strumenti per capire, giudicare e partecipare alla vita pubblica e, quindi, costruire una società più democratica e giusta.

Secondo una parte della dottrina, l'informazione è l'"ossigeno della democrazia", senza di essa, la democrazia muore.

I pilastri del Decreto Trasparenza consistono nell'uniformare gli obblighi e le modalità di pubblicazione per tutte le Amministrazioni; nel definire ruoli, responsabilità, sanzioni e processi in capo alle amministrazioni pubbliche; nel sostenere il miglioramento delle *performance*, cioè delle prestazioni (intese come risultati raggiunti) e delle capacità organizzative dei dirigenti (intese come capacità di sviluppare, motivare, coordinare e valutare i propri collaboratori); nel creare spazi virtuali sul web, in cui i cittadini possono scambiare opinioni, discutere dei problemi e stimolare soluzioni condivise con la Pubblica Amministrazione. Si parla, a tal proposito, della cd. "bussola della trasparenza", che è diventata uno strumento di supporto indispensabile per misurare, in tempo reale, il livello di trasparenza di un'amministrazione; nel favorire la prevenzione e la repressione della corruzione e degli abusi, attraverso un sistema basato sulla semplificazione, sulla legalità, sull'efficienza e sulla correttezza amministrativa.

Con riguardo a quest'ultimo punto, la Legge Anticorruzione del 2012, n. 190 ha istituito, all'interno delle pubbliche amministrazioni, la figura del "Responsabile della prevenzione della corruzione", che ha il compito di svolgere un'attività di controllo sull'adempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, assicurando l'aggiornamento delle informazioni pubblicate, e di segnalare i casi di inadempimento o di adempimento parziale all'ufficio di disciplina, ai fini della valutazione della responsabilità dirigenziale (prevista dall'art. 21 del Testo Unico sul Pubblico Impiego del 2001) e dell'attivazione del procedimento disciplinare.

In particolare, ogni amministrazione ha l'obbligo di pubblicare, ad esempio, sul proprio sito istituzionale, nella sezione "amministrazione trasparente", le retribuzioni ed i curricula dei dirigenti; le informazioni per l'effettuazione dei pagamenti informatici; la carta dei servizi, ecc.

Secondo una parte della dottrina, soltanto rafforzando la lotta alla corruzione si contribuisce alla ripresa economica e sociale del Paese.

Le disposizioni in materia di accesso mirano a coniugare la *ratio* dell'istituto, quale fattore di trasparenza e garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 22 della Legge n. 241/1990, con il bilanciamento da effettuare rispetto agli interessi contrapposti in gioco, al fine di evitare conseguenze patologiche dell'attuazione della trasparenza.

Per allineare l'Italia ai più avanzati Paesi dell'Unione Europea e migliorare le modalità di circolazione (interna ed esterna) dei dati, nonché dell'attività degli uffici e degli organi della Pubblica Amministrazione, nel 2012 è stato messo in atto un progetto flessibile ed in continua evoluzione ed aggiornamento, il cd. "*Piano E-Government*", che rappresenta un impegno per la diffusione dei servizi di rete, l'accessibilità e la trasparenza della Pubblica Amministrazione, al fine di avvicinarla alle esigenze dei cittadini e delle imprese.