

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/07/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35254-il-diritto-sociale-alla-trasparenza-tra-il-diritto-di-accesso-e-l-accesso-civico-il-decreto-33-013-di-riordino-degli-obblighi-di-pubblicazione-da-parte-delle-pubbliche-amministrazioni>

Autori: Del Grosso Francesca, Esposito Vincenza, Passannanti Gennaro

Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso e l'accesso civico (il decreto 33/013 di riordino degli obblighi di pubblicazione da parte delle pubbliche amministrazioni)

IL DIRITTO SOCIALE ALLA TRASPARENZA TRA IL DIRITTO DI ACCESSO E L' ACCESSO CIVICO (IL DECRETO 33/013 DI RIORDINO DEGLI OBBLIGHI DI PUBBLICAZIONE DA PARTE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI)

Il profondo processo innovativo che ha permeato l'azione amministrativa sin dagli inizi degli anni '90, nel ridefinire i rapporti tra amministrazione ed amministrato¹, ha condotto all' affermazione progressiva e pervasiva dell'intero ordinamento giuridico del principio della trasparenza amministrativa.

E' utile preliminarmente individuare le tappe fondamentali:

- 1) la legge n. 241/1990;
- 2) la legge n.15/2005 che introduce esplicitamente nella legge sul procedimento il principio della trasparenza;
- 3) il Trattato di Lisbona (art. 11,c.3) che individua la trasparenza come principio regolante l'azione della Commissione e di ciascuna istituzione, organo od organismo europeo;
- 4) la Legge n. 69/2009 (art.11) che nel modificare l'art. 22 della legge sul procedimento, stabilisce che l'accesso è principio generale dell' attività amministrativa "al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza";
- 5) il D.Lgs. n.150/2009 (artt. 3 ed 11) che sancisce il principio della c.d. "accessibilità totale";
- 6) il D.Leg. 14 marzo 2013 n.33 che in attuazione della delega contenuta nella legge n. 190/2012 (cd. legge anti corruzione) provvede al "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione".

La dottrina², ancora prima dell'elaborazione della legge n. 241/1990, rinveniva nella trasparenza l'immanente principio permeante la c.d. "casa di vetro" che la P.A.

¹ La trasformazione dell'individuo da suddito a cittadino è teorizzata nel saggio di W.Ulmann , Individuo e società nel medioevo, Laterza 1983

² R.Marrama, la Pubblica Amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo, in Dir. proc. amm., 1989, 416 ss.

A.Sandulli, Il Procedimento Amministrativo e la trasparenza, in L'amministrazione pubblica italiana (a cura di S. Cassese e C. Franchini) Bologna, 1994,101 ss.

G.Arena, La Trasparenza Amministrativa, in Enc. giur. XXXI, agg. Roma 1995

doveva incarnare; tant' è che, pur se nell'originario testo dell'art. 1 della legge n. 241/1990 il termine "trasparenza" non compare affatto tra i principi della disciplina generale del procedimento amministrativo, si ritiene lo stesso collante dei vari fattori qualificanti il procedimento medesimo (responsabile del procedimento, motivazione, istituti di partecipazione etc) .

La trasparenza infatti (inserita solo con la novella del 2005³ nell'art. 1 della legge sul procedimento), trascende la mera osservanza formale degli istituti del procedimento amministrativo perchè viene percepita quale valore finalistico dell'ordinamento, espressione di democrazia politica ed amministrativa⁴ nonché valore strumentale e funzionale alla conoscibilità dei processi decisionali⁵.

Proprio tale approccio finalistico consacra il rinnovato contesto relazionale tra amministrazione pubblica e cittadino ed il passaggio dal concetto di amministrazione – autorità a quello di amministrazione – servizio, dal concetto di amministrazione burocratica al concetto di amministrazione partecipata⁶.

Il volano del cambiamento è da rinvenirsi pertanto nel contenuto che si intende attribuire al valore della trasparenza, ribaltando la tradizionale visione della amministrazione trincerata dietro il manto dell'impermeabilità fino a diventar regola generale la conoscibilità e l'intellegibilità dell'operato dei pubblici poteri.

Come tutti i "valori" anche per la trasparenza si corre il rischio di sfumare in un concetto assolutamente atecnico⁷ e bon a tout faire⁸. Per scongiurare ciò deve intendersi in contrapposizione a tutto quello che si intende occultare per favorire interessi personali o di gruppo, configurandosi al contrario quale esigenza di chiarezza, di comprensibilità e di non equivocità di una organizzazione e del suo agire anche al fine di garantire il buon andamento dell'azione amministrativa⁹. In tale prospettiva, la trasparenza è il viatico della chiarezza e della comprensibilità dell'azione amministrativa.

R. Chieppa, La trasparenza come regola della pubblica amministrazione, Dir.econ., 1994, 613 ss

³ L. 11 febbraio 2005, n. 15 "La attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, efficacia imparzialità e trasparenza"

⁴ Filippo Patroni Griffi – La Trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza, in www.federalismi.it, pg.2

⁵ Filippo Patroni Griffi, op.cit.

⁶ T.Miele, in Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso, lo stato di attuazione della L. 241/1990, Torino 1995, 181

⁷ R.Marrama, La pubblica Amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo, cit 418.

⁸ F. Manganaro, L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa, in www.astrid-online.it, pg.3

⁹ R.Marrama, op.cit. pg. 419 ; Rosario Scalia - Controllo della spesa e prevenzione di inefficienze e sprechi di risorse pubbliche in Convegno Roma 20.6.2013 Controllo costi, produttività, competitività, camera dei deputati (fondazione Lab PA)

Alla luce di tale riflessione, si comprende come la trasparenza non possa esser confusa con la pubblicità o con l'accesso agli atti amministrativi rappresentando rispetto a questi ultimi un quid pluris che impone alla pubblica amministrazione un obbligo alla comprensibile esplicitazione del potere di cui è depositaria.

La pubblicità è, infatti, una situazione prevalentemente "statica" afferendo al mero stato di fatto dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento, lì dove la trasparenza attiene ad una "dinamica" relazionale, alla "intellegibilità" dei comportamenti amministrativi e delle scelte sottese.

Così è da definirsi sicuramente pubblico ma di certo non improntato ai criteri di trasparenza, un atto puntualmente pubblicato nell' albo o sul sito internet dell'amministrazione ma in periodo festivo ovvero occultato¹⁰, ovvero non intuitivamente individuabile sul sito di riferimento, ovvero formalmente accessibile ma non comprensibile.

La trasparenza dunque si distingue dal diritto di accesso¹¹, pur rappresentando quest'ultimo uno dei principali strumenti di verifica dell'effettivo perseguitamento del complesso dei valori che la trasparenza è volta a soddisfare¹². Infatti, la trasparenza è un fattore più ampio del mero accesso, atteso che può esser formalmente soddisfatto il diritto di accesso con l'ostensione di un atto amministrativo ma non esser garantita la trasparenza dell'azione amministrativa ove l'atto sia sostanzialmente incomprensibile nel suo contenuto¹³.

Per converso, l'individuazione da parte delle amministrazioni pubbliche¹⁴ di categorie di atti sottratti al diritto di accesso può non esser in contrasto con la trasparenza¹⁵ ove (relegata la "segretezza" al rango di eccezione)¹⁶, si ritenga, nel

¹⁰ F. Manganaro, op.cit.pg. 3

¹¹ Il diritto di accesso è inteso come interesse ad un bene della vita distinto e separato rispetto alla lesione di una posizione giuridica quale situazione legittimamente l'impugnativa di un atto; tant'è che è possibile riconoscere il diritto di accesso anche in presenza di una situazione divenuta inoppugnabile – tar Lazio, sez. quater, 12 agosto 2009 n. 8176

¹² M. Antonioli, Accesso ai documenti amministrativi, situazioni soggettive ed azioni esperibili, in Giorn.Dir. amm., 2007,669 ss

M.Ciammola, La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi : prima e dopo la L.11 febbraio 2005, in Foro amm. TAR, 2007, 1181 ss

¹³ F. Manganaro, op.cit.pg. 4

¹⁴ Ad es. Decreto Ministero della Giustizia n.115 del 25 gennaio 1996 – Regolamento concernente le categorie di documenti formati o stabilmente detenuti dal ministero di Grazia e Giustizia e dagli organi periferici sottratti al diritto di accesso

¹⁵ G. Abbamonte, La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione sul tema, in Aa. Vv. l'Amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convengo di studi di scienze dell'amministrazione, 1989, milano, 1991, 13 ss.

¹⁶ Più tecnicamente il "segreto" da personale . cioè legato genericamente all'individuo – diventa reale perché collegato al solo contenuto dell'informazione e il diritto all'informazione diventa un interesse autonomamente qualificato,

contemperamento degli interessi sottesy, prevalente l'esigenza alla riservatezza. La problematicità del bilanciamento di tali valori viene percepita tanto nelle principali produzioni normative straniere¹⁷ che nazionali¹⁸.

Infine, la necessità della comprensibilità dell'azione amministrativa appare coerente con una diffusa etica di sicurezza giuridica che, in uno Stato di diritto non può non informare i rapporti cittadino – amministrazione. Infatti, un'azione amministrativa “equivoca” o “irrazionale” rischia di disorientare i cittadini sui comportamenti da tenersi¹⁹. Non a caso la Corte Costituzionale ha riconosciuto “l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica” un elemento fondamentale dello stato di diritto²⁰. In tale contesto assume rilevanza particolare il d.Lgs. n. 150/2009 che all'art.3 (la trasparenza dei risultati delle amministrazioni e delle risorse impegnate per il loro perseguitamento) pone la stessa tra i principi volti all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, ed all'art. 11, stabilendo un collegamento tra performance e trasparenza, la definisce “accessibilità totale” riferita ad ogni informazione afferente l'aspetto dell'organizzazione, introducendo, per la prima volta, accanto al concetto di trasparenza, il valore dell'integrità, quale fattore culturale da sviluppare attraverso la programmazione e l'aggiornamento dei relativi piani triennali²¹.

La configurazione della trasparenza quale accessibilità totale apre la strada al controllo sociale diffuso da parte della collettività sull'operato delle amministrazioni ponendosi, quindi, quale strumento finalizzato alla prevenzione di fenomeni di corruzione e in generale di fenomeni di maladministration²². Tutto ciò segna la definitiva linea di demarcazione tra diritto di accesso e richiesta di trasparenza atteso che il primo resta spiazzato ove i dati siano necessariamente pubblici ed accessibili, pertanto, alla intera collettività al di fuori dell'ambito procedimentale in senso stretto.

pienamente azionabile da parte del titolare, così Sandulli, Il procedimento, in Trattato di Diritto Amministrativo (a cura di S. Cassese), parte generale, tomo II, 2003, 1083.

¹⁷ Open Government Plan statunitense

¹⁸ D.Lgs. 30 giugno 2003 n.196 (Codice di Protezione dei dati personali) nonché Delibera CIVIT n. 105 del 2010 recante le linee guida in materia di trasparenza.

¹⁹ S. Antoniazzi, La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione, Torino,2005;

S.Tarullo, Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo, Torino, 2005

²⁰ Corte Cost. 26 luglio 1995 n. 390, in Giur.cost. 1995,385 ove afferma che il legislatore, pur ben potendo modificare la disciplina giuridica dei rapporti di durata, non si sottrae alla valutazione della eventuale irrazionalità della nuova disciplina ove leda l'affidamento per i rapporti in corso.

²¹ Vedasi, inoltre, art. 9 D.lgs. n. 150/2009 ove fa divieto, in caso di mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità o il mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione, di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti agli uffici coinvolti.

²² F.Pattoni Griffi, op.cit., pg. 3

Ne consegue che la migliore organizzazione amministrativa nella direzione della trasparenza sarà quella che si vedrà rivolgere limitate domande di accesso. Inevitabile, quindi, l'accelerazione ulteriore dei processi di riforma nelle amministrazioni pubbliche nella direzione dell'open governement e delle problematiche dell'open data²³. Sarà, pertanto, opportuno procedere alla individuazione dei dati rilevanti da pubblicare attraverso lo sviluppo di una politica di ascolto del cittadino quale fruitore finale del servizio.

Il concetto illustrato di trasparenza si perfeziona a seguito dell' introduzione nel nostro panorama giuridico, della figura dell' accesso civico, per effetto del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 che estende il campo di applicazione della normativa sul diritto di accesso.

La portata innovativa di tale istituto viene compresa se preliminarmente si tiene conto della circostanza che il decreto legislativo citato non è solo di riordino della tipologia degli obblighi di pubblicazione (incarichi esterni, beni e contratti pubblici, servizi sanitari...) che gravano sulle pubbliche amministrazioni, bensì ridefinisce la trasparenza “quale strumento al servizio dell' interesse alla conoscibilità degli elementi rilevanti ai fini di un controllo diffuso sull' operato delle amministrazioni”.²⁴ Ciò senz' altro nel solco delineato dalla legge 241/90 e successivamente dal decreto legislativo 150/09 (la trasparenza come accessibilità totale e ispiratrice unitamente ai criteri di economicità efficacia e pubblicità dell' attività amministrativa), per giungere all' elaborazione di tre aspetti particolari dell' attuale accezione della trasparenza: la trasparenza come diritto, come obiettivo, e infine come strumento di gestione della cosa pubblica e nella realizzazione dei servizi pubblici. Infatti secondo quanto indicato dall' art 5 del decreto citato in premessa, l' obbligo che dal medesimo è posto a carico delle pubbliche amministrazioni di pubblicazione di documenti, informazioni o dati, vede il diritto di chiunque di richiederne la pubblicazione se omessa. Che cosa rappresenta ciò? Di certo la comunicazione all' esterno delle informazioni che devono pubblicarsi anche al di là del campo di applicazione dello stesso decreto, e altresì l' ampliamento dei confini oggettivi e soggettivi del diritto di accesso. La domanda di accesso civico non è infatti condizionata né dall' obbligo della motivazione, né dalla posizione soggettiva del

²³ Vedasi le disposizioni contenute nel Codice dell'amministrazione digitale soprattutto a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs n. 235/2010, cd. terzo correttivo cad.

²⁴ Benedetto Ponti “ il codice della trasparenza: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa on-line” in www.neldiritto.it pag. 1

richiedente²⁵. Mentre infatti il diritto di accesso è strumentale alla tutela di interessi specifici ed ha ad oggetto atti e documenti individuati, l' accesso civico sembrerebbe affiancarsi all' azione popolare e porsi come mezzo di verifica diffusa dell' attività amministrativa, da parte del cittadino. Potremmo parlare di " engagement", nel senso di impegno, di promessa e del dedicarsi agli interlocutori da parte dell' amministrazione²⁶, e si potrebbe ancora giungere ad ipotizzare una nuova forma di controllo "pubblico" accanto a quelle già previste dal sistema attuale dei controlli amministrativi e politici. Se infatti si pensa all' inciso di cui al comma 6 dell' articolo citato: " la richiesta di accesso civico, comporta da parte del Responsabile della trasparenza, l' obbligo di segnalazione di cui all' art. 43, comma 5"²⁷, ci si rende conto che poiché la segnalazione va resa anche al vertice politico ai sensi di tale comma, l' intera disciplina è finalizzata a dare effettività ai flussi dell' informazione pubblica, non solo a fini conoscitivi, ma anche e soprattutto a fini di programmazione, di prevenzione e di controllo sociale. Tale assunto è ancor più pregnante se si considera che la nomenclatura della legge anticorruzione pone in stretto contatto gli obblighi di pubblicità e la lotta alla corruzione: la funzione pubblica è infatti depositaria della fiducia pubblica. In tale ottica dunque, accanto alla predisposizione obbligatoria del Programma triennale per la trasparenza e l' integrità, è disciplinato l' istituto dell' accesso civico. Va tenuto presente che la richiesta di accesso civico va presentata al responsabile della trasparenza dell' amministrazione obbligata alla pubblicazione. Essa riveste inoltre il carattere della gratuità. Parrebbe dunque che si voglia incentivare il ricorso da parte dei cittadini a tale nuovo strumento, diffondendo sempre più tra i medesimi la cultura della trasparenza. Sicuramente è poi uno stimolo preventivo alle pubblicazioni, considerato che, ove la stesse non avvengano: 1) si profila una delle ipotesi di responsabilità dirigenziale anche per danno all' immagine all' amministrazione 2) nei casi di ritardo o mancata risposta, il ricorrente ha la facoltà di rivolgersi al titolare

²⁵art. 5 co.2 decreto legislativo n.33 14 marzo 2013 : La richiesta di accesso civico non e' sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, e' gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione di cui al comma 1, che si pronuncia sulla stessa.

²⁶Giuseppe Del Medico lezione 6 giugno 2013 al ventunesimo ciclo di formazione dirigenti giustizia alla SSPA Caserta

²⁷art. 43 comma 5 decreto legislativo n.33 14 marzo 2013: In relazione alla loro gravita', il responsabile segnala i casi di inadempimento o di adempimento parziale degli obblighi in materia di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, all'ufficio di disciplina, ai fini dell'eventuale attivazione del procedimento disciplinare. Il responsabile segnala altresi' gli inadempimenti al vertice politico dell'amministrazione, all'OIV ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilita'.

del potere sostitutivo di cui all' articolo 2, comma 9 bis della legge 241/90²⁸. La disciplina esaminata comporta inoltre per le pubbliche amministrazioni la necessità, ora imprescindibile, dell' adozione del sito web, in quanto successivamente alla richiesta di accesso civico, e nei trenta giorni successivi, occorre procedere alla pubblicazione in esso del documento o dell' informazione. Ciò conferma l' attuale riconoscimento delle potenzialità del web (in ciò la distinzione ulteriore con la disciplina del diritto di accesso in caso di accettazione della richiesta relativa) di pari passo alla necessità impellente ed al tempo stesso oggi costante, di contenere i dispendi della res pubblica. Si osserva però da parte della dottrina²⁹ che " se già la trasparenza sancita dalla legge 241 aveva messo a dura prova le amministrazioni responsabili di aver impiegato troppo tempo per attrezzarsi, quella del decreto 33 potrebbe rivelarsi persino più impegnativa, arrivando a scontrarsi con la scelta (compiuta dalla legge delega 190) di ipotizzare che tutto possa concretarsi a risorse invariate". In tal senso dunque l' accesso civico potrebbe rappresentare uno step significativo del processo citato in premessa di riorganizzazione della pubblica amministrazione in quanto il controllo che ne deriva e che è stato ora illustrato, induce l' amministrazione a comportamenti legittimi (in tal senso anche la recentissima adozione del nuovo codice di comportamento in vigore in questi giorni), rendendola finalmente "utile allo sviluppo sociale ed economico, con la conseguenza di limitare i tentativi ricorrenti di privatizzare e/o sopprimere enti amministrativi perché insufficienti".³⁰

a cura di Francesca Del Grosso, Vincenza Esposito, Gennaro Passannanti

Dirigenti Ministero della Giustizia

²⁸ art. 5 comma 4 decreto legislativo n.33 14 marzo 2013: Nei casi di ritardo o mancata risposta il richiedente puo' ricorrere al titolare del potere sostitutivo di cui all'articolo 2, comma 9-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, che, verificata la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione, nei termini di cui al comma 9-ter del medesimo articolo, provvede ai sensi del comma 3.

²⁹ Accesso civico, pubbliche amministrazioni: ecco cos'è in www.leggioggi.it

³⁰ F Manganaro op cit vedi contra Alessandro De Nicola Le privatizzazioni strumento per la crescita e l' efficienza del sistema economico in Convegno 20.6.2013 Controllo costi, produttività, competitività-Roma, Camera dei deputati (fondazione Lab PA) "le società privatizzate hanno livelli di perfomance più efficienti tranne quando siano privatizzate con procedure meno trasparenti e corrette.

