

*“Trasparenza e diritti nel procedimento amministrativo”*

## **Pubblicazione dei dati, trasparenza, accesso civico e accesso agli atti**

### ***La richiesta di pubblicazione o di messa a disposizione di dati non pubblicati: l'istituto dell'accesso civico (art. 5 D. Lgs. n. 33/2013)***

#### **1. La trasparenza dopo la legge anticorruzione.**

La trasparenza, così come è indicata nel D.Lgs. n. 33/2013 emanato in virtù della legge anticorruzione (L. n. 190/2012), è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Con riferimento alla trasparenza alla luce dell'anticorruzione,<sup>1</sup> l'ANAC ha emanato la circolare n. 2 del 19.7.2013 del Dipartimento della Funzione Pubblica “D.Lgs. n. 33 del 2013 – attuazione della trasparenza” e la delibera n. 50 del 4.7.2013 (della ex CIVIT), rubricata “Linee guida per l'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014-2016”.

In tale prospettiva, le disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013 individuano gli obblighi di trasparenza concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la sua realizzazione.

---

<sup>1</sup> Patroni Griffi, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n. 8/2013 del 17.4.2013; Garofoli, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), del 30 marzo 2013; Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 123 ss.; Colapietro, Santarelli, voce *Accesso civico*, in *Enciclopedia italiana Treccani.it*.

A tal fine, l'art. 2, comma 2 del citato Decreto per intende per pubblicazione *“la pubblicazione, in conformità alle specifiche e alle regole tecniche di cui all'allegato A, nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”*.

Ancor più in particolare, è stabilito che le pubbliche amministrazioni garantiscono la qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali nel rispetto degli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge, assicurandone l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità.

I documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa contenuta nel D. Lgs. n. 33/2013, resi disponibili anche a seguito dell'accesso civico di cui all'art. 5 - e del quale si dirà a breve -, sono pubblicati in formato di tipo aperto (ai sensi dell'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale, di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

Come indicato dalla ANAC nel Comunicato del 15/10/2014, le pubbliche amministrazioni e, più in generale tutti i soggetti indicati nell'art. 11 del d.lgs.33/2013, hanno la responsabilità di organizzare, al proprio interno, sistemi che forniscano risposte tempestive alle richieste di accesso civico da parte dei cittadini e delle imprese, e di pubblicare, sul sito istituzionale, nella sezione *“Amministrazione trasparente”*:

- i) il nominativo del responsabile della trasparenza a cui presentare la richiesta di accesso civico, nonché il nominativo del titolare del potere sostitutivo con l'indicazione dei relativi recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale;
- ii) le modalità per l'esercizio di tale diritto, avendo cura di assicurare un'adequata evidenza alla comprensibilità delle informazioni fornite e mettendo eventualmente a disposizione modelli per le richieste di accesso civico.

E' compito del Responsabile della trasparenza, individuato all'interno di ciascuna pubblica amministrazione, controllare e assicurare la regolare attuazione dell'istituto dell'accesso civico (cfr. comma 4 dell'art. 43 del d.lgs. 33/2013).

## **2. Il diritto d'accesso civico.**

Perno di tutto il sistema della trasparenza secondo l'accezione formatasi dopo l'ingresso della nuova normativa anticorruzione, è il cd. Diritto di accesso civico, che trova disciplina nel già citato art. 5; in particolare, 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. Tale richiesta di accesso civico:

- non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente;
- non deve essere motivata;
- è gratuita;
- va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione, che si pronuncia sulla stessa.

L'amministrazione, entro 30 giorni, procede alla pubblicazione nel sito del documento, dell'informazione o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente, ovvero comunica al medesimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Se il documento, l'informazione o il dato richiesti risultano già pubblicati nel rispetto della normativa vigente, l'amministrazione indica al richiedente il relativo collegamento ipertestuale.

Nel caso di patologia, cioè nell'ipotesi in cui vi sia ritardo o mancata risposta, il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo di cui all'articolo 2, comma 9-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, 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.

In altri termini.

- 1) L'art. 2, comma 9-bis della L. n. 241/90 (comma introdotto dall'art. 1, comma 1, legge n. 35 del 2012, poi così modificato dall'art. 13, comma 1, legge n. 134 del 2012) sancisce che l'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il *potere sostitutivo* in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni qui richiamate, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria.
- 2) L'art. 2, comma 9-ter della L. n. 241/90 stabilisce che decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento pari a 30 giorni dal ricevimento dell'istanza (art. 2, comma 2 della L. n. 241/90), il privato può rivolgersi al responsabile (di cui al comma 9-bis) perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto (15 giorni), concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

La richiesta di accesso civico comporta, da parte del Responsabile della trasparenza, l'obbligo di segnalazione di cui all'art.43, comma 5, in cui è previsto che in relazione alla loro gravità, 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 altresì gli inadempimenti al vertice politico dell'amministrazione, all'OIV (Organismi indipendenti di valutazione) ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilità.

Un'annotazione finale: la tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico è di competenza del giudice amministrativo e quindi è disciplinata dal codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), che trova le modifiche operate *in parte qua* dal d. Lgs. n. 33/2013.

### **3. Segnalazione all'ANAC.**

È da precisare che con riferimento alle segnalazioni all'ANAC, essa può essere esperita solo dopo aver fatto richiesta di accesso civico alle amministrazioni e solo nel caso di mancata presenza nei siti istituzionali delle amministrazioni delle necessarie indicazioni relative all'istituto dell'accesso civico ovvero in ipotesi di mancata risposta anche del titolare del potere sostitutivo, entro i termini previsti, da parte delle pubbliche amministrazioni cui è stata inoltrata la richiesta di accesso civico. In tali casi, sarà possibile inoltrare segnalazioni all'ANAC sull'omessa pubblicazione di dati ai sensi della normativa vigente; per le segnalazioni all'ANAC deve essere utilizzata esclusivamente l'apposita procedura on line "Comunica con l'Autorità" (cfr. decisione dell'Autorità del 15 maggio 2014) e disponibile sul sito [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), avendo cura di indicare gli estremi (data di invio) della richiesta di accesso civico inoltrata all'amministrazione, in assenza dei quali la segnalazione non verrà trattata. In caso di risposta ricevuta dall'amministrazione si richiede di chiarire, nel campo "note aggiuntive" del modulo, le ragioni per cui la stessa sia ritenuta incompleta o insoddisfacente.

### **4. Diritto d'accesso e diritto d'accesso civico.**

Nel Comunicato dell'ANAC del 15/10/2014 è precisato che l'accesso civico va tenuto distinto dal diritto di accesso ai documenti amministrativi, la cui disciplina è contenuta nella l. 241/1990, ed è differente rispetto all'accesso civico.

Eventuali segnalazioni in ordine a disfunzioni del procedimento di accesso agli atti, dunque, non devono essere trasmesse all'ANAC, che non ha competenze in materia, ma ai soggetti specificamente indicati nella legge n.241/1990, art. 25. La Delibera ANAC n. 50/2013 prevede che

nel Programma triennale per la trasparenza e l'integrità siano indicate anche le *“misure per assicurare l'efficacia dell'istituto dell'accesso civico”*. Il Piano Nazionale Anticorruzione considera l'accesso civico uno degli strumenti di perseguimento degli obiettivi di trasparenza amministrativa ai fini della prevenzione della corruzione e per l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Come di recente ha sostenuto il Consiglio di Stato (Sez. VI, Sentenza 20 novembre 2013, n. 5515) le nuove disposizioni, dettate con D.Lgs. n. 33/2013 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni disciplinano situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241.

Col citato Decreto, infatti, si intende procedere al riordino della disciplina, intesa ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, al fine di attuare *“il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche”*, quale integrazione del diritto *“ad una buona amministrazione”*, nonché per la *“realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino”*. Detta normativa – avente finalità dichiarate di contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione – intende anche attuare la funzione di *“coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera r) della Costituzione”*: quanto sopra, tramite pubblicazione obbligatoria di una serie di documenti (specificati nei capi II, III, IV e V del medesimo Decreto e concernenti l'organizzazione, nonché diversi specifici campi di attività delle predette amministrazioni) nei siti istituzionali delle medesime, con diritto di chiunque di accedere a tali siti *“direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”*; solo in caso di omessa pubblicazione può essere esercitato, ai sensi dell'art. 5 del citato d.lgs., il cosiddetto *“accesso civico”*, consistente in una richiesta – che non deve essere motivata – di effettuare tale adempimento, con possibilità, in caso di conclusiva inadempienza all'obbligo in questione, di ricorrere al giudice amministrativo, secondo le disposizioni contenute nel relativo codice sul processo.

L'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241 è riferito, invece, al *“diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi”*, intendendosi per *“interessati....tutti i soggetti....che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”*; in funzione di tale interesse la domanda di accesso deve essere opportunamente motivata.

Quanto finora detto, serve per evidenziare la diversificazione di finalità e di disciplina dell'accesso agli atti, rispetto al cosiddetto accesso civico, pur nella comune ispirazione al principio di trasparenza, che si vuole affermare con sempre maggiore ampiezza nell'ambito dell'amministrazione pubblica.

Anche nell'ipotesi in cui venisse richiesta la documentazione concernente tutti gli atti delle procedure di competenza di una determinata amministrazione, deve ritenersi evidente - come sostiene il Consiglio di Stato nella su citata sentenza n.5515/2013 - che la procedura attivata sia da ricondurre in via esclusiva alla citata legge n. 241/1990, come del resto formalmente enunciato nell'istanza: una così ampia diffusione degli atti interni di qualsiasi procedura valutativa non appare imposta, infatti, dal ricordato D. Lgs. n. 33/2013, né – se pure lo fosse – potrebbe intendersi riferita anche a procedure antecedenti all'emanazione del medesimo Decreto n. 33, entrato in vigore il 20 aprile 2013.

#### **5. L'applicazione della disciplina sull'accesso civico agli Enti pubblici economici e alle società a partecipazione pubblica.**

In tema, è da segnalare una recentissima novella legislativa. L'art. 24-bis – introdotto nel corso dell'esame in sede referente – del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 11 agosto 2014, n. 114, ha modificato le disposizioni relative all'ambito soggettivo di applicazione del c.d. codice della trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, adottato con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Con tale “codice” sono stati riordinati in un unico corpo normativo gli obblighi di trasparenza e pubblicità, a carico delle amministrazioni, in attuazione della legge anticorruzione (l. n. 190 del 2012).

In particolare, è stato integralmente sostituito l'art. 11 del d.lgs. n. 33/2013, che individua tra i destinatari di detta normativa: le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001; le società partecipate dalle amministrazioni e le società da esse controllate, limitatamente all'attività di pubblico interesse, disciplinata dal diritto nazionale e dell'Unione europea; le autorità indipendenti che provvedono ad attuare le norme del codice della trasparenza secondo i rispettivi ordinamenti, nel rispetto del loro status di indipendenza.

Con le modifiche introdotte la disciplina contenente obblighi informativi al pubblico, prevista principalmente per le autorità amministrative, viene a trovare applicazione anche per due categorie di soggetti di diritto privato, in qualche modo collegati funzionalmente con la pubblica amministrazione, denominati dalla norma stessa "enti di diritto privato in controllo pubblico". Si tratta di:

a) le società e gli altri enti di diritto privato «che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile da parte di pubbliche amministrazioni»;

b) «gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi».

In entrambi i casi le regole di trasparenza valgono *«limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea»*. In altre parole, riguardano esclusivamente quelle attività in cui è preminente la connotazione pubblicistica, giacché solo in queste ultime i dati pubblicati sono utili nel favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali o sull'utilizzo delle risorse pubbliche, e rispondono a una richiesta di conoscenza dei portatori di interesse.

In altra ipotesi, viceversa, l'applicazione della normativa in tema di trasparenza non è integrale per le società pubbliche. Alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, in caso di partecipazione non maggioritaria, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e dell'Unione europea, si applicano (non il d.lgs. n. 33/2013, ma) le disposizioni in

materia di trasparenza di cui all'art. 1, commi da 15 a 33, della legge anticorruzione (l. n. 190/2012; il contenuto di tale disposizione, a dire il vero, è già ricompreso nella previsione del vigente art. 1, comma 34, della l. n. 190/2012, che ne estende l'applicazione a tutte le società, anche in caso di partecipazione maggioritaria delle amministrazioni pubbliche).

I menzionati obblighi informativi di trasparenza sono volti a favorire un controllo generalizzato sugli atti espletati, funzionale ad ottenere dati e notizie relative alla sfera pubblicistica della società, a differenza del diritto di accesso ai documenti, che ha una preminente funzione partecipativa, consentendo la parità delle armi, nonché di supporto a una compiuta dialettica procedimentale.

Dunque, perché vi siano i presupposti per applicare l'obbligo di pubblicare in modo trasparente, sul sito internet, le informazioni relative alla società ovvero di replicare alle richieste di accesso civico, assimilando l'attività in genere societaria a quella di una amministrazione pubblica, è necessario che la compagine sociale sia un *“ente di diritto privato in controllo pubblico”*. Ciò avviene, come detto: (i) quando la società sia sottoposta a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di pubbliche amministrazioni e contestualmente eserciti funzioni amministrative, produca beni e servizi per l'autorità pubblica, gestisca servizi pubblici; o (ii) quando nella società, pur in assenza di una partecipazione della pubblica amministrazione, quest'ultima abbia poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi (riguardo ai requisiti sul collegamento tra società, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1020).

## **6. Considerazione conclusive e obiettivi della ricerca**

La filosofia sottesa alla prevenzione della corruzione detta una regola ermeneutica: più l'operatore è privato e impiega capitali privati, meno dovrà sottostare agli obblighi di trasparenza rispetto alla propria attività d'impresa, con il corollario di un affrancamento, durante la vita societaria, rispetto al controllo che è intrinseco all'attuazione delle misure di prevenzione contro la corruzione. D'altra parte, essendo una società in generale caratterizzata dallo svolgimento di un'attività di mercato e imprenditoriale, non si scorge la ragione per cui essa debba essere tenuta al rispetto dei *“costosi”* e *“onerosi”* obblighi di pubblicazione, di cui alla normativa anticorruzione.

Il tema della trasparenza, e più in particolare i diritti del cittadino ad un'Amministrazione trasparente, devono trovare adeguato bilanciamento con la tutela dell'interesse pubblico e della riservatezza dei soggetti controinteressati. Il processo normativo-evolutivo che vuol condurre le nostre Amministrazione a divenire una "casa di vetro" è appena intrapreso ed è ben lontano da volgere alla conclusione.

Come detto in precedenza il Giudice Amministrativo è già intervenuto per distinguere l'accesso civico dall'accesso agli atti amministrativi, per individuare l'ambito soggettivo di applicazione del D. lgs n. 33 del 2013 e, probabilmente, continuerà ad ampliare e modellare il diritto ad un'Amministrazione trasparente nel rispetto dei principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa.