

**Il Freedom of Information Act italiano:
come cambia il diritto a conoscere.**

24 giugno 2015

E-privacy XVII – SPID e Identità digitale

Circolo dei Giuristi Telematici

Fernanda Faini

Il right to know prima della riforma



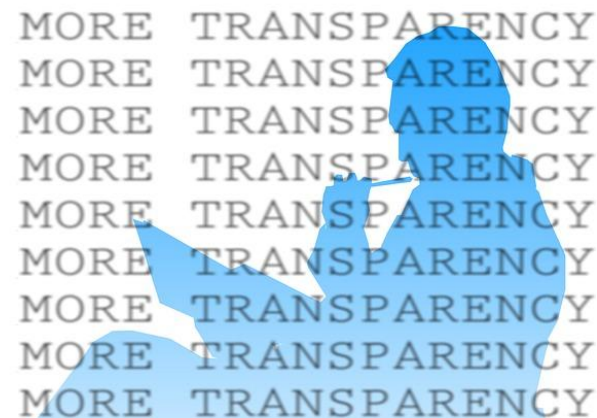
Il right to know prima del d.lgs. 97/2016

Trasparenza necessaria

Specifici documenti, dati e informazioni sono oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa.

Decreto Trasparenza - d.lgs. 33/2013

- riordino obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni e previsione della sezione “Amministrazione trasparente”
- introduzione **accesso civico**
(presupposto → inadempimento obblighi di pubblicazione)
- strumenti di vigilanza e sanzione



Il right to know prima del d.lgs. 97/2016

Trasparenza facoltativa

Per i documenti, i dati e le informazioni che non sono oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa, la pubblicità è facoltativa per le pubbliche amministrazioni.



La disciplina di riferimento resta quella del **diritto di accesso** di cui alla **legge 241/1990**. Sono necessari:

- **legittimazione soggettiva** → spetta a tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (art. 22);
- **motivazione** → la richiesta di accesso deve essere motivata (art. 25).

Il right to know prima del d.lgs. 97/2016

- Per tutto ciò che non è oggetto di pubblicazione obbligatoria esiste un **diritto a conoscere condizionato** → devono essere dimostrate la legittimazione soggettiva e la motivazione.
- La distanza dalla *freedom of information* è anche nella limitazione al **controllo generalizzato** (*Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*) → esclusione prevista dall'art. 24, comma 3, legge 241/1990.
- Di fatto è necessario dimostrare la propria legittimazione a conoscere.



è una **trasparenza procedimentale**

La Riforma Madia e il d.lgs. 97/2016



La Riforma Madia – legge 124/2015

Art. 7 - Il Governo è delegato ad adottare, entro 6 mesi, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del **d.lgs. 33/2013**, nel rispetto [...] dei seguenti principi e criteri direttivi.

h) fermi restando gli obblighi di pubblicazione, riconoscimento della **libertà di informazione** attraverso il **diritto di accesso**, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e **nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche [...]** **previsione di sanzioni** a carico delle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni normative in materia di accesso, di **procedure di ricorso all'ANAC** in materia di accesso civico e in materia di accesso ai sensi della presente lettera, nonché della tutela giurisdizionale.



autentico FOIA o nuova forma di accesso?

Decreto legislativo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri

Non viene superato il modello di accesso previsto dalla legge 241/1990.

Con questo decreto vengono creati nell'ordinamento giuridico italiano **due strumenti di accesso "paralleli"**, i cui confini non sono chiaramente individuati:

1. **l'accesso ai sensi della legge 241/1990**, che non viene superato;
2. **l'accesso civico "generalizzato" ai sensi del d.lgs. 33/2013**, che viene profondamente modificato e reinterpretato: "chiunque senza motivazione" ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalla P.A. (non solo quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, come nel testo prima di questa riforma), ma rischia di incontrare limiti oggettivi, dal momento che sono previste numerose e ampie eccezioni.

Non sono presenti "clausole di effettività", elementi necessari a garantire un autentico *right to know*:

- la gratuità dell'accesso;
- la previsione di adeguate sanzioni;
- eccezioni chiare e tassative;
- il collegamento tra accesso e trasparenza.

Perché la versione preliminare non convinceva?

- ✓ **diminuiscono gli obblighi di pubblicazione** del d.lgs. 33/2013;
- ✓ **i due strumenti non sono coordinati**, possono crearsi dubbi applicativi;
- ✓ le richieste di accesso devono **“identificare chiaramente”** i dati/documenti richiesti → se non si è interessati al procedimento come si può assolvere questo onere?
- ✓ **numerose e ampie eccezioni** riducono in modo rilevante l’ambito oggettivo di applicazione del “nuovo” accesso e lasciano eccessiva discrezionalità alle amministrazioni → complessi bilanciamenti e aggravio lavorativo;
- ✓ **non si prevede la gratuità**, fatto salvo il rimborso di costi eccezionali;
- ✓ si prevede il **silenzio-diniego**;
- ✓ i **rimedi giudiziari** dovrebbero essere rapidi (rito abbreviato) e poco onerosi (esenzione contributo unificato);
- ✓ sarebbe opportuna l’introduzione di un **rimedio stragiudiziale** in caso di accesso negato, quale il ricorso ad ANAC;
- ✓ necessaria l’introduzione di **adeguate sanzioni** in caso di accesso illegittimamente negato (previste nella delega).

Perché la versione preliminare non convinceva?



- non è in linea con il quadro internazionale;
- rischia di complicare l'attuazione;
- può rendere **più gravoso il lavoro delle amministrazioni pubbliche** (chiamate a utilizzare un ampio potere discrezionale e a operare complessi bilanciamenti fra interessi diversi);
- rischia paradossalmente di **diminuire il grado di trasparenza** del Paese e la possibilità di accesso ai dati contrariamente alle finalità espresse.

Per il Consiglio di Stato (adunanza di sezione del 18/02/2016)

- ✓ plauso al riconoscimento al cittadino di «un vero e proprio diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni, a qualunque fine e senza necessità di motivazioni» e alla previsione di una «**trasparenza di tipo “reattivo”**», cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati», che è «per l'ordinamento nazionale una **sorta di rivoluzione copernicana**»;

ma

- ✓ il testo «non in tutte le sue parti è facilmente intellegibile e di piana ed agevole lettura»;
- ✓ è «**incongruo**» l'obbligo in capo ai cittadini di **identificare chiaramente** i documenti, i dati o le informazioni di cui hanno bisogno;
- ✓ le «**numerose e non sempre puntuali eccezioni** a tutela di interessi pubblici e privati [...] possono ragionevolmente aumentare le perplessità circa la concreta efficacia del provvedimento»;
- ✓ **le procedure di richiesta** devono essere **più semplici** (di norma telematiche e presenza di desk telematico unico per la trasparenza);

Per il Consiglio di Stato (adunanza di sezione del 18/02/2016)

- ✓ **silenzio-rigetto** «istituto non poco problematico dal punto di vista della partecipazione dei cittadini alla vita amministrativa, ancor più quando, come nel caso di specie, non è accompagnato dall'obbligo di motivare il rifiuto espresso» → «**paradosso** che un provvedimento in tema di trasparenza neghi all'istante di conoscere in maniera trasparente gli argomenti in base ai quali la P.A. non gli accorda l'accesso richiesto»
- ✓ **l'assenza di «chiare disposizioni sanzionatorie»** comporta «l'onerosa incombenza di agire in giudizio per vedere riconosciute le proprie ragioni, senza peraltro conoscere quelle per cui l'amministrazione ha negato determinate informazioni»;
- ✓ suggerimento circa la creazione di una “**cabina di regia**” per assicurare il massimo coordinamento per un'attuazione piena e completa della riforma.

Per ANAC (atto di segnalazione n. 1 del 02/03/2016)

- ✓ **potere di “moral suasion” ad ANAC**, d’intesa con il Garante privacy, da rendere effettivo con la formulazione di apposite linee guida allo scopo di fornire alle amministrazioni orientamenti per l’adozione di criteri omogenei;
- ✓ **eccezioni espresse in termini meno generici** in modo da facilitare l’amministrazione detentrica dei dati nel compiere il bilanciamento tra diritto di accesso ai dati pubblici e la tutela della riservatezza, pubblica e privata;
- ✓ **periodo di adeguamento**, per consentire una adeguata formazione del personale preposto, periodo di moratoria, almeno di un anno, per l’entrata in vigore del diritto di accesso generalizzato;
- ✓ un **limite di costo** che può essere posto a carico dell’amministrazione, al di sopra del quale l’accesso può essere negato o in parte posto a carico del richiedente. Mancano, poi, criteri per evitare richieste vessatorie e ripetitive;
- ✓ **problematico ricorso giurisdizionale come unico rimedio** → soluzioni prospettate: ruolo di ANAC di orientamento e vigilanza o valorizzazione dei difensori civici o di OIV, ossia soggetti amministrativi distribuiti sul territorio.



Per il Garante privacy (parere n. 92 del 03/03/2016)

Sì condizionato:

- ✓ ritiene necessario sviluppare alcuni criteri di delega non adeguatamente articolati. Si propone quindi di razionalizzare e rimodulare gli obblighi di pubblicazione in funzione di tre criteri essenziali:
 - ✓ grado di esposizione dei singoli titolari di funzioni pubbliche al rischio corruttivo
 - ✓ funzionalità del dato da pubblicare rispetto alla effettiva necessità di conoscenza da parte dei cittadini
 - ✓ bilanciamento delle esigenze di trasparenza con il diritto alla protezione dei dati.
- ✓ **necessità di precisazione adeguata circa l'estensione degli obblighi di trasparenza**, definendoli in maniera puntuale e non con un generico e indeterminato rinvio alla “normativa vigente”
- ✓ **necessità di parametri di valutazione ben delineati**, altrimenti la decisione in ordine all'ostensibilità dell'atto o del documento viene affidata unicamente alla valutazione e discrezionalità del funzionario pubblico



Camera
dei
deputati

Parere Commissioni Affari Costituzionali Camera e Senato (20/04/2016)



Senato della Repubblica

- ✓ sull'obbligo, per chi richiede l'accesso, di identificare "chiaramente" i documenti necessità di **sopprimere la parola "chiaramente"**;
- ✓ in merito alle **eccezioni** il diniego all'accesso deve essere necessario per evitare un **pregiudizio "concreto"** alla tutela degli interessi pubblici e privati e necessaria previsione di apposite **linee guida a carattere vincolante** per meglio chiarire le incertezze della disciplina derogatoria, affidandone la redazione ad organismi *super partes*, quali ad es. l'ANAC, sentito il Garante Privacy;
- ✓ **sopprimere la previsione del rimborso a carico del cittadino**, rendendo sicuramente gratuito l'accesso ai documenti in modalità digitale, con il solo rimborso, comunque da giustificare, dei costi effettivamente sostenuti per l'eventuale riproduzione su supporti materiali;
- ✓ **eliminare il silenzio-diniego** e prevedere che il **rifiuto debba avvenire con provvedimento motivato** da parte dell'amministrazione;
- ✓ individuare un **possibile rimedio in via amministrativa, ulteriore rispetto al ricorso al TAR**;



Camera
dei
deputati

Parere Commissioni Affari Costituzionali Camera e Senato (20/04/2016)



Senato della Repubblica

- ✓ **individuare disposizioni sanzionatorie** nei confronti delle amministrazioni che non ottemperano agli obblighi;
- ✓ specificare più chiaramente la **differenza tra l'accesso della legge 241/1990 e quello del d.lgs. 33/2013**, i diversi ambiti, limiti e discipline ;
- ✓ **modalità di presentazione della domanda**, un percorso più semplice, efficiente e lineare che preveda l'inoltro della domanda, **"di norma" per via telematica**, ad un **unico ufficio-sportello**;
- ✓ specificare ulteriormente l'obbligo di **collaborazione tra le amministrazioni** nel caso in cui le domande giungano ad uffici diversi da quelli che detengono i dati e le informazioni richieste;
- ✓ una **fase di adeguamento** alla nuova disciplina per un **congruo periodo, in ogni caso non superiore a sei mesi**, che permetta alle amministrazioni di organizzarsi per una piena applicazione;
- ✓ l'opportunità di prevedere **una cabina di regia o forme di monitoraggio** della fase attuativa della riforma, anche mediante la possibile creazione di un **Osservatorio**.

Il testo definitivo

Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97

Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 190/2012 e del decreto legislativo 33/2013, ai sensi dell'articolo 7 della legge 124/2015, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.



Fonte immagine:

http://www.melearn.com/medicina_lavoro_consulenza/wp-content/uploads/legge01.jpg

D.lgs. 97/2016: punti di forza

Recepimento di molti punti sollevati dai pareri e società civile:

- ✓ **eliminazione del “silenzio-diniego”**,
- ✓ **eliminazione dell’obbligo per i richiedenti di identificare “chiaramente” i documenti oggetto dell’istanza di accesso**,
- ✓ **riconoscimento della gratuità dell’accesso** in formato elettronico e cartaceo, limitando il rimborso ai costi documentati per “riproduzione su supporti materiali”,
- ✓ **previsione di rimedi stragiudiziali**, gratuiti e veloci, per i casi di mancata o negativa risposta,
- ✓ **previsione di linee guida operative** che orienteranno le amministrazioni in un’omogenea e rigorosa applicazione delle nuove norme.

Nuovo accesso civico (1)

Nuovo art. 5 d.lgs. 33/2013 (commi 1, 2 e 3)

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.

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.

L'esercizio del diritto **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.

Nuovo accesso civico (2)

Nuovo art. 5 d.lgs. 33/2013 (comma 3)

L'istanza può essere trasmessa per via telematica secondo le modalità previste dal D.LGS. 82/2005 ed è presentata alternativamente ad uno dei seguenti uffici:

- a) **ufficio che detiene i dati**, le informazioni o i documenti;
- b) **Ufficio relazioni con il pubblico**;
- c) **altro ufficio indicato dall'amministrazione** nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale;
- d) **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.

Nuovo accesso civico (3)

Nuovo art. 5 d.lgs. 33/2013 (comma 4 e 6)

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.

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.

Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'articolo 5-bis.

Nuovo accesso civico (4)

Nuovo art. 5 d.lgs. 33/2013 (comma 7)

Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato, il richiedente può presentare richiesta di **riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza**, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti 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**.

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.

Linee guida e applicazione

Nuovo art. 5-bis, comma 6, d.lgs. 33/2013

Ai fini della **definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico**, l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata, **adotta linee guida recanti indicazioni operative.**

Disposizioni transitorie

I soggetti di cui all'articolo 2-bis del d.lgs. 33/2013 si adeguano alle modifiche allo stesso decreto legislativo, introdotte dal presente decreto, e assicurano l'effettivo esercizio del diritto di cui all'articolo 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, come modificato dall'articolo 6 del presente decreto, entro **sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto.**

D.lgs. 97/2016: criticità

- ✓ **assenza di sanzioni chiare e rigorose** per i casi di illegittimo diniego di accesso (previsti dalla legge delega art. 7 della Riforma Madia).
- ✓ formulazione delle **eccezioni ancora troppo generiche** come ad esempio nel caso degli “interessi pubblici inerenti la politica e la stabilità economica e finanziaria dello Stato” .
- ✓ **mancata specificazione dei diversi ambiti e limiti di applicazione tra l’accesso della legge 241/1990 e quello del d.lgs. 33/2013.** Sotto il profilo delle possibilità di accesso ai dati, seppur siano diversi i requisiti che li rendono azionabili, i due strumenti non sono fra loro coordinati in modo specifico e possono crearsi dubbi applicativi: il decreto legislativo si limita al riguardo a prevedere che restano ferme le diverse forme di accesso degli interessati previste dal capo V della legge 241/1990.

D.lgs. 97/2016: criticità

- ✓ **diminuzione degli obblighi di pubblicazione** previsti dalla legge 33/2013.
- ✓ previsione della possibilità per le amministrazioni, al fine di evitare duplicazioni, nei limiti dei dati effettivamente contenuti nelle banche dati, di adempiere agli obblighi di pubblicazione mediante la comunicazione dei dati, delle informazioni o dei documenti detenuti e con la **pubblicazione del collegamento ipertestuale alla banca dati contenente i relativi dati, informazioni e documenti**: seppur si ribadisca la necessità di assicurare la qualità dei dati, questa previsione può tradursi in minor facilità e immediatezza per il cittadino nel reperimento di questi dati

Esclusioni e limiti

Nuovo art. 5-bis, comma 1, d.lgs. 33/2013

L'accesso civico è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un **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.

Esclusioni e limiti

Nuovo art. 5-bis, commi 2 e 3 , d.lgs. 33/2013

L'accesso 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.

Il diritto 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'art. 24, comma 1, della legge 241/1990.

Esclusioni e limiti

Nuovo art. 5-bis, comma 5, d.lgs. 33/2013

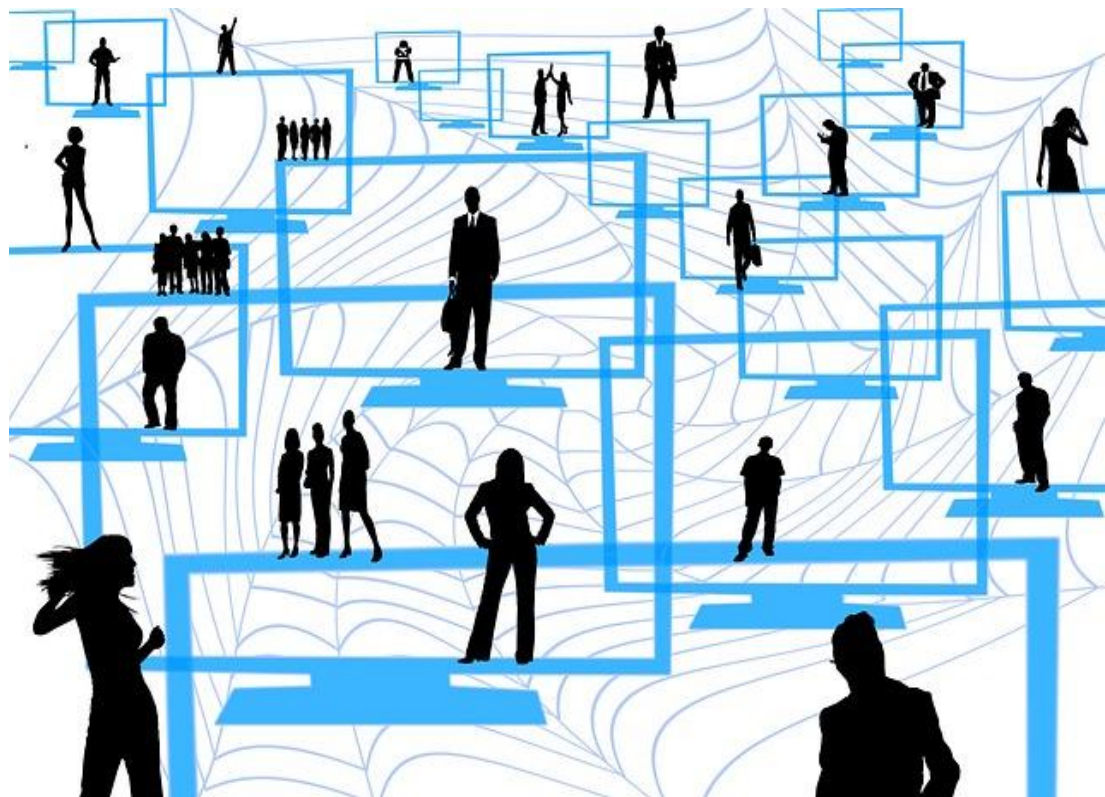
I limiti di cui ai commi 1 e 2 si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato.

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.

Il diritto a conoscere

*La conoscenza è la via
non solo per acquisire
valore aggiunto sul mercato,
è in primo luogo
la libera costruzione della
personalità di ciascuno di noi.*

(Stefano Rodotà)





Grazie per l'attenzione

dott.ssa Fernanda Faini

Responsabile P.O. Assistenza giuridica egov/open gov - Regione Toscana

Dottoranda in Scienze giuridiche – Diritto e nuove tecnologie – CIRSFID
Università di Bologna

Cultore della materia Università degli Studi di Firenze

Presidente Circolo dei Giuristi Telematici

email

fernandafaini@gmail.com
fernanda.faini@regione.toscana.it



<http://it.linkedin.com/in/fernandafaini>



@fernandafaini



<https://www.facebook.com/fernanda.faini>