

**L'evoluzione della normativa sull'accesso e il FOIA.
Problemi applicativi, strumenti operativi
e buone prassi**

Città Metropolitana di Firenze

20 gennaio 2021

Ippolito Piazza

Università degli Studi di Firenze

Il programma

- L'evoluzione della legislazione italiana in materia di accesso
- Il quadro normativo attuale: le diverse forme di accesso e i loro rapporti
- L'accesso civico generalizzato: aspetti organizzativi e procedurali

Il programma

- Problemi applicativi (riqualificazione delle istanze, gestione delle istanze massive, tutela della privacy)
- Strumenti operativi e buone prassi (regolamento, registro degli accessi, pubblicazione proattiva)

Il diritto d'accesso e la sua evoluzione in Italia

Accesso
documentale o
procedimentale
(legge 241/1990)

Accesso civico
generalizzato,
c.d. FOIA
(d.lgs. 97/2016)

Accesso civico
semplice
(d.lgs. 33/2013)



1. L'accesso documentale

Art. 22, l. 241/1990

Definizioni e principi in materia di accesso

1. Ai fini del presente capo si intende:

a) per "diritto di accesso", il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi;

b) per "interessati", tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, **che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata** e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;

2. (...)

3. **Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.**

1. L'accesso documentale

- Legittimazione: **limitata** a chi abbia un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata; la richiesta deve essere **motivata**
- Finalità: **giusto procedimento** (non sono ammesse istanze di accesso preordinate a un controllo generalizzato dell'operato delle p.a.)
- Oggetto: documenti amministrativi

2. L'accesso civico semplice

Art. 5, d.lgs. N. 33/2013

Accesso civico a dati e documenti

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. L'accesso civico semplice

- Legittimazione: ampia (diritto di **chiunque**, non occorre motivare l'istanza)
- Finalità: democratica (trasparenza)
- Oggetto: **limitato**, poiché riguarda soltanto documenti, informazioni o dati oggetto di obbligo di pubblicazione

3. La nuova trasparenza e il FOIA

Art. 1, d.lgs. n. 33/2013

Il principio generale di trasparenza

1. La trasparenza è intesa come **accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni**, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.
2. La trasparenza (...) concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio della nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino.

3. La nuova trasparenza e il FOIA

D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33

Art. 5, c. 2

(Accesso civico a dati e documenti)

«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»

La diffusione internazionale del modello

FOPA - Freedom of the Press Act (Svezia, 1766)

FOIA – Freedom on information act (USA, 1966)

La diffusione globale del FOIA: circa 120 Stati hanno adottato una legislazione di tipo FOIA; erano 13 nel 1990

Il diritto d'accesso come diritto fondamentale

Art. 42, Carta dei diritti fondamentali UE

Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto

Le ragioni di interesse per l'esperienza europea

- “Nell'applicare questi limiti, le amministrazioni possono tener conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia sui limiti all'accesso previsti dall'art. 4 del regolamento CE n. 1049/2001, in larga parte coincidenti con quelli indicati dai commi 1 e 2 dell'art. 5-bis”
(Ministro per la semplificazione e la p.a., circolare 2/2017 del 30.5.2017)
- “In via generale (...) ogni definizione di tali interessi implica il rinvio a concetti per loro natura dinamici anche in relazione alle posizioni della giurisprudenza nazionale e dell'Unione europea”
(Anac, Linee guida, 28.12.2016)

3. L'accesso generalizzato

- Legittimazione: ampia (diritto di **chiunque**, non occorre motivare l'istanza)
- Finalità: democratica (trasparenza)
- Oggetto: **esteso**, poiché riguarda anche documenti, informazioni o dati non oggetto di obbligo di pubblicazione

3. L'accesso generalizzato

- Non è subordinato alla titolarità né alla dimostrazione di uno specifico interesse da parte del richiedente, quindi **non sussiste un “dovere di sua espressa enunciazione”** in sede di presentazione della domanda: Tar Lombardia, III, 16 maggio 2018, n. 1286;
- È assente ogni spazio di valutazione in merito alla consistenza della posizione giuridica e fattuale del richiedente, che potrebbe essere mosso da un semplice “interesse egoistico” (Tar Lazio, 6875/2018, secondo cui la normativa non esclude che l'interesse generale al controllo diffuso dell'attività amministrativa possa coincidere con un interesse egoistico);

3. L'accesso generalizzato

- L'amministrazione non può respingere una domanda di accesso civico generalizzato sul presupposto della non coincidenza – desunta, ad esempio, da un esame della domanda di accesso o della natura dei dati e documenti richiesti – tra l'interesse che sorregge l'istanza e le finalità di partecipazione e controllo diffuso proprie del FOIA (Tar Emilia Romagna, 325/2018);

3. L'accesso generalizzato

- E tuttavia: Tar Lazio, Il bis, 2 luglio 2018, n. 7326: “per quanto la legge non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, **deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica** e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto”.

3. L'accesso generalizzato

L'oggetto dell'accesso

- Documenti e dati *in possesso* della p.a.
- Non c'è onere di elaborazione ma di reperimento
- «detenuti»: possono essere anche di origine privata
- Documenti inesistenti? (obbligo di certificare la circostanza al richiedente: v. Tar Campania, 3247/19)

3. Le eccezioni nel FOIA

- Le eccezioni nel sistema FOIA e l'interpretazione restrittiva
- La tutela di altri interessi rilevanti come limite all'accesso
- Interessi protetti e tipi di eccezioni:
 - Interessi pubblici e privati qualificati: eccezioni relative
 - Interessi prevalenti per legge sull'accesso: eccezioni assolute
 - Buon andamento: eccezioni procedurali (rinvio)

3. Le eccezioni relative

- Servono a garantire il contemperamento tra interessi → richiedono l'uso di un potere discrezionale da parte della p.a.
- La tecnica del bilanciamento
- L'accesso parziale e il differimento

La stratificazione normativa

- Diritto d'accesso documentale (artt. 22 ss., l. 241/1990)
- Diritto d'accesso civico semplice (art. 5, c. 1, d.lgs. 33/2013)
- Diritto d'accesso generalizzato (art. 5, c. 2, d.lgs. 33/2013; introdotto dal d.lgs. 97/2016)
- Discipline speciali (es. accesso dei consiglieri ex art. 43, c. 2, TUEL o accesso ambientale)

Le caratteristiche del FOIA

Per riassumere:

1. Differenze principali **rispetto all'accesso procedimentale** (art. 22, l. 241/1990):
 - Finalità: non di difesa, ma di partecipazione e controllo diffuso
 - Soggetti legittimati: chiunque, a prescindere dalla titolarità di un interesse qualificato e differenziato
2. Differenze principali **rispetto all'accesso civico "semplice"** (art. 5, c. 1, d.lgs. 33/2013):
 - l'oggetto tendenzialmente onnicomprensivo: oltre le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria
 - **solo limite: gli interessi pubblici e privati espressamente indicati dall'articolo 5-bis (inammissibile il rifiuto fondato su altre ragioni)**

Le conseguenze della sovrapposizione

- l'accesso generalizzato come accesso “meno profondo” ma “più esteso” (v., per es., CdS, VI, 651/2018)
- Il rinvio (problematico) all'art. 24, l. n. 241/1990
- CdS, ad.plen., 10/2020 (rinvio)

La *governance* dell'accesso

- L'assenza di un'autorità apposita e di un 'sistema' per il FOIA
- Stratificazione normativa e frammentazione organizzativa:
 - l. 241/1990 e Commissione per l'accesso
 - d.lgs. 33/2013, Anac e 'rete' dei RPCT
 - quale organizzazione per il FOIA?

La governance del FOIA

Il ruolo di ANAC e Garante Privacy

- **ANAC**: definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico (art. 5-bis, c. 6, d.lgs. 33/2013), d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali
- **Garante provacy**: intesa sulle linee guida (art. 5-bis, d.lgs. 33/2013); parere in sede di riesame

La governance del FOIA

Il Dipartimento della Funzione Pubblica

- **DFP**: funzione di coordinamento delle iniziative di riordino della p.a. e di organizzazione dei relativi servizi (art. 27, n. 3, l. 93/1983) → Centro di competenza FOIA, monitoraggio trimestrale, circolare 2/2017

Gli atti di *soft law*

- Linee guida Anac, delib. 1309 del 28.12.2016
- Circolare 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la p.a.
- Circolare 1/2019 del Ministro per la semplificazione e la p.a.

Il ruolo delle amministrazioni

- Attuazione della normativa
- Disciplina interna: regolamento con disciplina organica sull'accesso (Linee guida ANAC, §3.1), **limitata** esclusivamente ai profili procedurali e organizzativi di carattere interno (Circolare 2/2017, §2.2) o direttiva
- Strumenti e buone pratiche (rinvio)

Il sistema dei rimedi

- Il riesame ad opera del RPCT
- Il Difensore civico
- Il ricorso giurisdizionale

Il riesame interno

Il riesame del RTPC

- a. il parere del Garante per la protezione dei dati personali
- b. il contraddittorio coi controinteressati
- c. il termine per l'istanza di riesame

L'organizzazione degli uffici

Le indicazioni sulla distribuzione delle competenze

- Gli uffici deputati a ricevere le istanze (art. 5, c. 3, d.lgs. 33/2013):
 - ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti
 - ufficio relazioni con il pubblico
 - altro ufficio indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente"

L'organizzazione degli uffici

- Gli uffici deputati a decidere sulle istanze:
 - ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti, che, in linea di principio, dovrebbe coincidere con l'ufficio competente nella materia a cui si riferisce la richiesta (modello **decentrato o diffuso**)
 - ufficio unico centrale (modello **accentrato**)

I modelli organizzativi

La Circolare n. 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la p.a. e la necessità di competenze specifiche

«A differenza del diritto di accesso procedimentale o documentale, il diritto di accesso generalizzato garantisce il bene “conoscenza” in via autonoma, a prescindere dalla titolarità di un interesse qualificato e differenziato.

A differenza del diritto di accesso civico “semplice”, che riguarda esclusivamente le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria (art. 5, c. 1, d.lgs. n. 33/2013), il solo limite al diritto di conoscere è rappresentato dagli interessi pubblici e privati espressamente indicati dall'articolo 5-*bis*. Conseguentemente è inammissibile il rifiuto fondato su altre ragioni».

Il modello accentrato

Linee guida Anac, delib. n. 1309/2016

«Al fine di rafforzare il coordinamento dei comportamenti sulle richieste di accesso si invitano le amministrazioni e gli altri soggetti tenuti ad adottare anche adeguate soluzioni organizzative, quali, ad esempio, la concentrazione della competenza a decidere sulle richieste di accesso in un unico ufficio (dotato di risorse professionali adeguate, che si specializzano nel tempo, accumulando *know how* ed esperienza), che, ai fini istruttori, dialoga con gli uffici che detengono i dati richiesti».

Il modello decentrato e l'*help desk* FOIA

Circolare n. 2/2017

«(...) ciascuna amministrazione è invitata a individuare le unità di personale, adeguatamente formate, che assicurino le funzioni di “centro di competenza” o “*help desk*”, al fine di assistere gli uffici della medesima amministrazione nella trattazione delle singole domande».

Natura e composizione dell'HD

- Il “centro di competenza”
- Il gruppo di lavoro e la composizione dell'Help desk
- L'atto di costituzione dell'Help desk

La funzione di supporto

- Il supporto ai responsabili degli uffici nella trattazione di richieste di prima istanza particolarmente complesse
- Il supporto al RPCT nella trattazione di richieste di riesame particolarmente complesse
- Rapporti e coordinamento tra uffici ed Help Desk
- La responsabilità degli uffici e il ruolo dell'Help desk

La funzione di promozione

- L'armonizzazione delle prassi di trattazione delle richieste di accesso civico generalizzato all'interno dell'ente
- Disseminazione e aggiornamento su: atti di soft law, giurisprudenza e pareri del Garante, altre novità normative
- La pubblicazione proattiva

L'Help desk metropolitano/provinciale

- La “raccolta ed elaborazione dati” e l’“assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali” quali funzioni fondamentali degli enti di area vasta (art. 1, c. 85, lett. d, d.lgs. n. 56/2014)
- Le Province come “enti-guida” dei Comuni (in particolare, quelli di piccole dimensioni)
- I rapporti con il Centro di competenza nazionale del DFP e la ‘rete’ del FOIA

Aspetti procedurali: richiesta e controinteressati

- Le modalità di presentazione della richiesta (tradizionale e telematica)
- L'identificazione dell'oggetto e del richiedente
- Le modalità di invio della richiesta
- I **controinteressati**: individuazione, comunicazione e accoglimento dell'istanza in caso di opposizione

Aspetti procedurali: termini e decisione

- I tempi della decisione e la decorrenza dei termini
- Il provvedimento finale: forma e contenuto
 - Accoglimento dell'istanza e trasmissione dei documenti

Istanze e riqualificazione: accesso civico semplice e FOIA

- Se il richiedente non specifica e non verifica se c'è obbligo di pubblicazione:
 - se la richiesta coincide con un obbligo di pubblicazione e il documento è pubblicato, si indica il link;
 - se la richiesta coincide con un obbligo di pubblicazione e il documento non è pubblicato, si pubblica il documento e si indica il link;
 - se la richiesta non coincide con un obbligo di pubblicazione, va trattata come accesso generalizzato.

Istanze e riqualificazione: accesso documentale e FOIA

- Se il richiedente non specifica il titolo della istanza:
 - Se il richiedente motiva la richiesta con la necessità di tutelare un suo diritto, si tratta di accesso procedimentale;
 - Se il richiedente non motiva o motiva con riferimento ad altra finalità (diversa dalla tutela di un diritto), si tratta di accesso generalizzato

Istanze e riqualificazione: accesso documentale e FOIA

- Se il richiedente pluri-qualifica l'istanza:
 - Si tratta nel senso più favorevole (senza dichiararla inammissibile)

Il problema della riqualificazione

«Il solo riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico", salvo che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto».

CdS (ad.plen.), 10/2020

Istanze e riqualificazione: accesso documentale e FOIA

«A fronte di una istanza, come quella dell'odierna appellante, che non fa riferimento in modo specifico e circostanziato alla disciplina dell'accesso procedimentale o a quella dell'accesso civico generalizzato e non ha inteso ricondurre o limitare l'interesse ostensivo all'una o all'altra disciplina, ma si muove sull'incerto crinale tra l'uno e l'altro, la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere i presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza»
(CdS, ad.plen. 10/2020)

Le eccezioni procedurali

Come comportarsi con istanze generiche, massive, onerose o sproporzionate?

- Il dialogo cooperativo
- Le soglie di sostenibilità

Istanze onerose o massive

A fronte di una richiesta di accesso civico generalizzato (c.d. FOIA) relativa a una notevole mole di documenti, il diniego opposto – motivato con riferimento alla compromissione del buon andamento della pubblica amministrazione, in rapporto al carico di lavoro ragionevolmente esigibile dagli uffici – non può ritenersi in linea di principio erroneo od infondato. Il buon andamento rappresenta, infatti, in qualunque forma di accesso, un valore cogente e non recessivo.

(Tar Puglia, 18 febbraio 2018, n. 234)

Istanze onerose o massive

Tuttavia, occorre tener conto di due aspetti. In primo luogo, il pregiudizio al buon andamento non può essere genericamente affermato, ma richiede una adeguata dimostrazione da parte dell'amministrazione che nega l'accesso. Il diniego fondato su ragioni di buon andamento deve, anzi, ritenersi soggetto ad un onere motivazionale rafforzato. In secondo luogo, il diniego non può ritenersi legittimo quando sia mancato il dialogo con il richiedente.

(Tar Puglia, 18 febbraio 2018, n. 234)

Istanze onerose o massive

L'istanza di accesso volta ad ottenere copia di una mole irragionevole di dati o documenti, comportando la necessaria apertura di innumerevoli subprocedimenti che coinvolgano i soggetti controinteressati, rappresenta in concreto una manifestazione sovrabbondante, pervasiva e, in ultima analisi, contraria a buona fede dell'istituto dell'accesso generalizzato in quanto impone un *facere* straordinario, capace di aggravare l'ordinaria attività dell'amministrazione. (...) l'istituto non può essere utilizzato in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità né può essere trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione.

(Tar Lombardia, 11 ottobre 2017, n. 1951)

La tutela dei dati personali

(...) l'amministrazione deve garantire il contraddittorio con i controinteressati, non potendo limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovendo anzi motivare in modo puntuale la sussistenza di un pregiudizio reale e concreto. (...) Nel compiere questa valutazione discrezionale, l'amministrazione è chiamata non solo a considerare la serietà e la probabilità del danno all'interesse-limite, ma anche a contemperarlo con l'interesse alla conoscenza del richiedente (...).

Nel caso di specie, tale bilanciamento non è stato effettuato in maniera corretta, né l'amministrazione ha verificato la possibilità di ricorrere al rilascio dei documenti tramite la tecnica dell'oscuramento parziale.

(Tar Lazio, 18 febbraio 2020, n. 2174)

La disciplina interna

- Le indicazioni di Anac (Linee guida, 3.1)
- Il tipo di atto (regolamento o circolare)
- Il contenuto:
 - gli aspetti di rilievo interno (ma v. già circolare n. 2/2017)
 - Uffici responsabili, flusso procedimentale, sostenibilità (?)

Il problema dei costi (circ. 1/2019)

- Il principio di gratuità
- I costi di riproduzione
- Oneri in materia di bollo e diritti di ricerca e visura
- Predeterminazione e tariffario

Il registro degli accessi (circ. 2/2017)

Finalità:

- Semplificare la gestione delle richieste
- Favorire l'armonizzazione delle prassi
- Agevolare i cittadini nella consultazione delle richieste già presentate
- Monitoraggio

Il registro degli accessi (circ. 2/2017)

- Le modalità di compilazione (ed eventuale ufficio competente) e la pubblicazione (preferibilmente trimestrale)
- I campi del registro
- L'obiettivo finale (estrazione automatica e tracciamento)

Modulistica e pagina web

Orientare il cittadino

- Pagina web e indirizzo di posta dedicato
- Indicazioni sulla presentazione delle istanze e sui rimedi
- Predisposizione della modulistica (per l'istanza e per il riesame)

Publicazione proattiva

- Pubblicazione di documenti di interesse pubblico e/o dopo una serie di richieste
- Predisposizione dei documenti in vista della pubblicazione

Il FOIA come strumento di innovazione o miglioramento

- La ristrutturazione del flusso documentale
- Il rapporto amministrazione-cittadino
- La produzione di informazioni