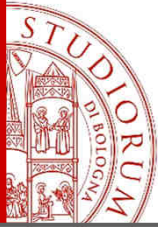


Trasparenza, accesso e privacy alla luce della riforma del d.lgs. 33/2013

Claudia Tubertini

Bologna, 7/12/2016



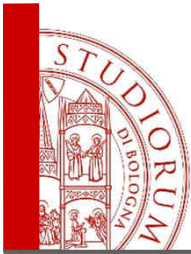
Nozioni di trasparenza e di pubblicità: secondo la dottrina..

La **trasparenza** amministrativa è un principio generale dell'attività e dell'organizzazione della p.a., in base al quale quest'ultima è tenuta ad assicurare la **visibilità**, la **conoscibilità** e la **comprensibilità** delle modalità operative e degli assetti organizzativi con cui opera nell'assolvimento dei suoi compiti di cura concreta dell'interesse pubblico

Solo l'adeguata **comprensione delle informazioni** ricevute consente a che ne entra in possesso di contestualizzarle correttamente, di rapportarle, almeno potenzialmente, a effettive dinamiche di **partecipazione** e di darne quindi una lettura responsabile

Tutto ciò induce a valorizzare in modo autonomo il **principio di trasparenza** e a distinguerne chiaramente la portata da quella del **principio di pubblicità**, che assume un **carattere più statico** e va riferito in senso stretto alla **accessibilità di documenti, di informazioni e di dati**

[M. Bombardelli, voce «Trasparenza», in *Enciclopedia Treccani*, Diritto on line]

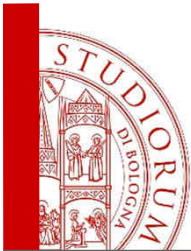


..e secondo il legislatore: a) prima e dopo il 2005

L. 241/90 testo originario: **diritto di accesso** riconosciuto «*a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*», «al fine di assicurare **la trasparenza** dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale» (art. 22)

Novella del 2005: **scompare il riferimento all'accesso come strumento di trasparenza** e gli **interessati vengono indentificati** (recependo in questo modo l'indirizzo nel frattempo consolidato della giurisprudenza) **solo come** “*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*”. L'accesso viene espressamente dichiarato **non utilizzabile per un controllo generalizzato** sull'operato delle amministrazioni

«chiusura», in funzione di tutela “pre (o para) processuale” del singolo, del diritto di accesso



b) nel periodo 2006-2012

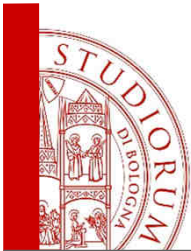
L'esigenza di **conoscibilità** dell'organizzazione, dell'attività, del funzionamento delle istituzioni pubbliche (non soddisfatta se non in senso molto parziale dal diritto di accesso) viene assicurata mediante la **diffusione obbligatoria di informazioni attraverso i siti istituzionali delle amministrazioni**

Uno strumento antico (**la pubblicità**) viene riadattato in nuove forme, con una **generalizzazione e standardizzazione delle forme di conoscibilità**

Il "sito internet istituzionale" diviene il nuovo grande contenitore di elementi conoscitivi: è la nuova "piazza" in cui **tutto è pubblico perché conoscibile da chiunque abbia voglia di affacciarsi**

**La trasparenza come conoscibilità viene intesa come
«trasparenza on line»**

Cfr. il riferimento alla trasparenza «mediante pubblicazione» nell'art. 11 d.lgs. 150/2009, e poi, nell'art. 1, commi 15 e 35, l. 190/2012



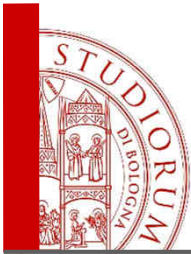
c) Nel decreto 33/2013

Trasparenza 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» (art. 1)

il concetto di “accessibilità totale” esteso all'attività e collegato all'attuazione ad una **ampia serie di principi costituzionali** (principio democratico, eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione, diritto ad una buona amministrazione, lotta alla corruzione)

Tutti i dati, documenti e informazioni doverosamente pubblici ricadono in un **regime di conoscibilità** che, in base all'art. 3, consiste nel fatto che “**chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli**”:

trasparenza come obbligo dell'amministrazione e come diritto del cittadino, che può far valere le sue pretese conoscitive, se non soddisfatte a causa dell'omessa pubblicazione, anche attraverso il ricorso all'accesso civico



Il cd. «accesso civico» nel d.lgs. 33/2013 originario

La **richiesta di accesso civico**:

- Ha ad **oggetto esclusivamente i dati soggetti a pubblicità obbligatoria**
- non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, non deve essere motivata ed è gratuita
- deve essere presentata al Responsabile per la trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione, che si pronuncia sulla stessa [Nei casi di ritardo o di mancata risposta, il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9-*bis*, della legge 241/1990];
- Viene soddisfatta **mediante pubblicazione** nel sito del documento, dell'informazione o del dato richiesto entro 30 gg **e contestuale trasmissione al richiedente** (che può comunque essere sostituita dalla **comunicazione al medesimo dell'avvenuta pubblicazione**, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto
- E' **azionabile davanti al GA** nella forma del rito speciale abbreviato già previsto per il diritto d'accesso (= ordine di pubblicazione)



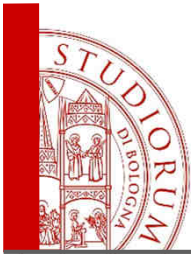
Caratteristiche fondamentali della trasparenza «mediante» pubblicazione/1

- **accessibilità generalizzata**, riconosciuta a chiunque (irrilevante la posizione del soggetto che acquisisce l'informazione)
- **assenza di discrezionalità della PA**: conoscenza fruibile *“direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”* (art. 2, comma 2) e quindi senza “mediazione” da parte della p.a. . Per i dati soggetti a pubblicazione obbligatoria si attenua fino quasi ad azzerarsi il ruolo di filtro dell'amministrazione (particolarmente forte nella disciplina italiana dell'accesso: rispetto all'identità del richiedente, rispetto all'interesse, alla motivazione)
- **piena ed agevole fruibilità**, anche come “ricercabilità” tramite motori di ricerca e riutilizzabilità e possibilità di rielaborazione, nella prospettiva di un controllo generalizzato sull'azione pubblica [elemento valutato in termini fortemente critici dal Garante della privacy: v. giudizio di pubblicabilità secondo legalità, necessità e proporzionalità richiesto dalle Linee Guida del Garante del 2014]



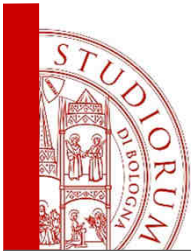
Caratteristiche fondamentali della trasparenza «mediante» pubblicazione/2

- progressivo **ampliamento degli obblighi informativi**, comunque individuati dal legislatore e quindi **“tipici”**. E' il legislatore, senza che siano previsti meccanismi di flessibilità e di sollecitazione da parte dei cittadini, a definire quali dati sottoporre a regime di pubblicazione obbligatoria
- **predefinizione del “luogo” di pubblicazione**, delle **modalità** e della **qualità** delle informazioni diffuse in rete
- **Definizione “ex ante” del rapporto tra privacy e conoscibilità** (a favore di quest'ultima), e che si sviluppa secondo regole specifiche. Le regole del codice della *privacy* vengono, sostanzialmente, integrate da regole speciali orientate a consentire un regime di conoscibilità “speciale” anche di informazioni e documenti contenenti dati personali e, in alcune circostanze, sensibili.
- **politiche e meccanismi procedurali e sanzionatori** per l'attuazione della trasparenza (Piano di prevenzione, Responsabile, sanzioni).



Limiti della trasparenza on line

- **aggravio** dell'attività che l'amministrazione deve sostenere per assicurarla
- possibile **adempimento solo formale** degli obblighi di pubblicazione o addirittura manipolazione da parte dell'amministrazione delle informazioni da pubblicare
- possibile **manipolazione da parte di terzi** delle informazioni pubblicate o condizionamento dei processi decisionali dell'amministrazione
- **eccesso di informazioni**, che può rendere difficile orientarsi correttamente sia da parte delle amministrazioni che le devono pubblicare, sia da parte di coloro che sono interessati a conoscerle
- **Bilanciamento ex ante, operato dal legislatore, del perimetro oggettivo e soggettivo della conoscibilità** attraverso la definizione dei dati da pubblicare (è comunque consentito alle PPAA pubblicare anche altre informazioni, fermi restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge, procedendo alla **anonimizzazione dei dati personali** eventualmente presenti)



Le esigenze sottese alla riforma e le scelte del legislatore: la delega «Madia»

A fronte della tensione verso una disciplina più soddisfacente della **trasparenza**, capace di compensare i limiti del diritto di accesso ed alleggerire il ruolo che affidato alla “pubblicità” rendendo più rispondente ai bisogni conoscitivi di ciascuno il novero delle informazioni accessibili, il legislatore riconosce **un «diritto di accesso generalizzato» inserito però nel contesto della «trasparenza mediante pubblicazione» (=delega alla riforma del decreto n. 33/2013)**

Art. 7, comma 1, lett. h) l. 124/2015: *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***

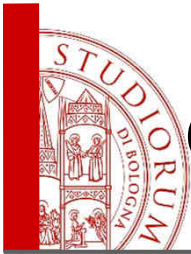


Il nuovo «accesso» (ancora una volta «civico»)

Decreto legislativo 97/2016

Secondo il nuovo art. 5 d.lgs. 33/2013 la trasparenza, intesa come **diritto di chiunque (civico) a conoscere i dati, i documenti e le informazioni soggetti a pubblicazione obbligatoria**, anche mediante specifica richiesta (trasparenza «mediante» pubblicazione, eventuale richiesta di accesso civico: comma 1), si accompagna:

- al **diritto di chiunque (civico) di chiedere ULTERIORI dati e documenti** detenuti dalla PA, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti, oggetto di disciplina nel nuovo articolo 5-bis)
(«nuovo» diritto di accesso civico: comma 2)
- e alle **«diverse forme di accesso degli interessati»** previste dalla legge 241/1990 (**diritto di accesso «tradizionale» o «documentale» o «difensivo»**)

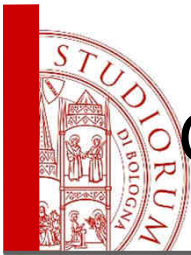


Caratteristiche fondamentali del nuovo diritto di accesso civico/1

- **accessibilità generalizzata**, riconosciuta a chiunque (irrilevante la posizione del soggetto che accede all'informazione) senza motivazione e a titolo gratuito (salvo spese per supporti materiali)

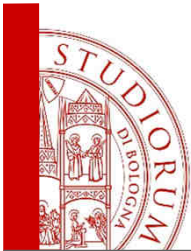
MA

- **Presenza di discrezionalità della PA**: la conoscenza avviene attraverso la “mediazione” da parte della p.a., che **istruisce la richiesta, e formula un motivato provvedimento di accoglimento o diniego**. Il ruolo di **filtro** dell'amministrazione è particolarmente forte, in questo caso, non sulla posizione soggettiva del richiedente, ma sulla applicazione dei vari e complessi limiti ed esclusioni all'accesso civico (v. oltre) , oltre che sulla sussistenza degli elementi sufficienti a circostanziare la richiesta (che deve contenere i dati, le informazioni e i documenti richiesti). Possibile anche il ricorso al **potere di differimento** ed **all'accesso parziale**



Caratteristiche fondamentali del nuovo accesso civico/2

- **Ampliamento, almeno potenziale**, degli obblighi informativi, che non si limitano più a quelli individuati dal legislatore (obblighi “tipici”, soggetti a pubblicazione), ma si estendono, come detto, ad ulteriori dati e informazioni detenuti dalla PA; ampliamento che viene compensato però con una **riduzione e flessibilizzazione degli obblighi di pubblicazione**
- **Alla definizione “ex ante” del rapporto tra privacy e conoscibilità** (che resta per i documenti, le informazioni e i dati soggetti a pubblicità), si accompagna **il potere della PA di escludere, differire o limitare l'accesso ai dati e documenti ulteriori, in caso di pregiudizio concreto alla tutela dei dati personali**; sul punto si rinvia a specifiche linee guida ANAC, d'intesa con Garante Privacy e Conferenza Unificata
- **Unificazione dei piani e dei responsabili corruzione e trasparenza; nuove sanzioni**



Limiti ed esclusioni

Il nuovo articolo 5-bis prevede che l'accesso possa essere rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto:

- alla tutela interessi pubblici inerenti alla sicurezza pubblica, alla sicurezza nazionale, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica e alla stabilità finanziaria ed economica dello Stato, alla conduzione di indagini sui reati e al loro perseguimento, al regolare svolgimento di attività ispettive (comma 1)

- alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

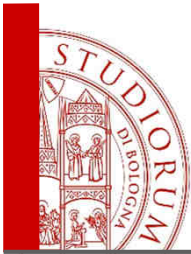
- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;

- 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.

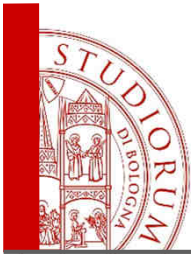
Restano inoltre i casi di esclusione dell'accesso legati al segreto di Stato ed altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge "ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990" (comma 3)

Sull'ampiezza e genericità di queste deroghe il testo finale del decreto non sembra aver accolto le obiezioni sollevate, se non chiedendo un pregiudizio «concreto» e rimettendo al prudente apprezzamento di Anac, Garante privacy e Conferenza Unificata la loro interpretazione



Procedimento per l'accesso civico

1. Trasmissione della domanda (anche ma non necessariamente in via telematica) in alternativa ad una serie di uffici
2. Comunicazione ad eventuali controinteressati che hanno 10 gg per presentare opposizione (il termine per adempiere alla richiesta di accesso nel frattempo resta sospeso: cd. «stand still»)
3. In caso di assenza di opposizione: la PA provvede entro 30 gg ad accogliere o negare, con **provvedimento motivato**
4. Se c'è opposizione, e la PA intende comunque accogliere l'istanza: comunicazione al controinteressato e trasmissione dei dati e documenti non prima di 15 gg dalla predetta comunicazione
5. Se si tratta di dati, informazioni o documenti che dovevano essere anche pubblicati, la PA, oltre a trasmetterli personalmente al richiedente, deve anche pubblicarli e **comunicare al richiedente il collegamento ipertestuale** (*accesso civico non solo per finalità individuali ma di interesse pubblico*)



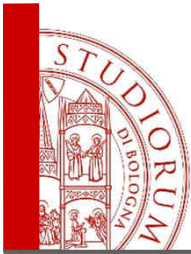
Rimedi amministrativi e giurisdizionali

1. In casi di diniego totale o parziale (o in caso di accoglimento, da parte del controinteressato) si può esperire una **richiesta di riesame al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza**, che ha 20 gg di tempo prorogati di ulteriori 15 se chiede parere all'ANAC
2. Se entra in questione l'applicazione dei limiti a protezione dei dati personali, il Responsabile deve acquisire il parere del Garante per la Privacy che si pronuncia entro 10 gg.
3. Contro la decisione della PA o del Responsabile possibile **ricorso al TAR ai sensi dell'art. 116 cpa**
4. Se si tratta di atti delle **amministrazioni regionali o locali** possibile anche **ricorso al Difensore civico competente** per l'ambito territoriale, che deve pronunciarsi entro 30 gg (più eventuali altri 10 per parere obbligatorio del Garante Privacy). L'amministrazione entro i successivi 30 gg conferma o accoglie i rilievi del difensore civico



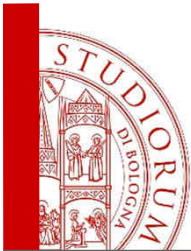
Nuovo perimetro degli obblighi di pubblicità: oggettivo...

- Articolo 3, nuovo comma 1-bis: l'**ANAC** (sentito eventualmente il Garante Privacy) può individuare i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria per i quali la pubblicazione in forma integrale può essere **sostituita con informazioni riassuntive e dati aggregati** (salvo restando il diritto di accesso civico ai dati nella loro integralità) . **Ciò allo scopo di ridurre gli oneri di pubblicità**
- Sempre ANAC può **precisare gli obblighi di pubblicazione e le modalità di attuazione** tenendo conto della dimensione dei soggetti e delle attività
- Modifiche e precisazioni di alcuni obblighi di pubblicazione (v modifiche agli artt. 3, 17, 20),
- **Alcuni obblighi sono rivisti in senso ampliativo** (v. in particolare modifiche agli artt. 14 e 15, ma anche 19 sui concorsi pubblici)



.....e soggettivo

- Si tende a limitare l'applicazione soggettiva alle associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato finanziati in modo maggioritario dalle pubbliche amministrazioni, e/o sulle quali le pa abbiano poteri di nomina, individuando limiti relativi alla dimensione del patrimonio o alla continuità della contribuzione pubblica
- Sulle società si opera un rinvio molto opportuno alle definizioni di società in controllo pubblico e in partecipazione pubblica contenute nel decreto di attuazione della l. 124/2015 in materia



Nuove responsabilità

Modifica all'art. 46: Responsabilità derivante dalla **violazione delle disposizioni in materia di obblighi di pubblicazione e di accesso civico**

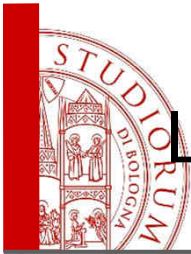
L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 5-bis, costituiscono **elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale**, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono **comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili**. Il responsabile non risponde dell'inadempimento solo ove provi "... che tale inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile"

La promozione di maggiori livelli di trasparenza costituisce un obiettivo strategico di ogni amministrazione che **deve tradursi nella definizione di obiettivi organizzativi e individuali, con tutto ciò che ne consegue (art.10)**



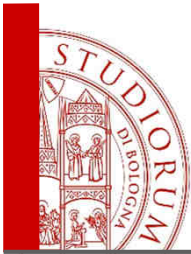
Piani e Responsabili

- Vi è una **piena integrazione del programma triennale della trasparenza nel Piano triennale di prevenzione della corruzione**, tanto che questo assume (per indicazione dell'ANAC) la nuova definizione di «**PTPCT**» – Piano triennale di prevenzione della corruzione e di trasparenza
- Gli obiettivi strategici in materia di trasparenza, la sezione trasparenza e l'indicazione dei responsabili della trasmissione e pubblicazione dei documenti ed informazioni rappresentano contenuti necessari del piano, tanto che la loro assenza configura una fattispecie di mancata adozione del Piano (v. schema linee guida Anac in materia di nuovi obblighi di trasparenza)
- All'interazione funzionale dei piani consegue l'unificazione del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT)



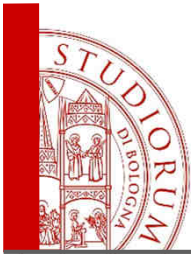
L'attuazione della riforma nelle aziende sanitarie

- Nel contesto del servizio sanitario la trasparenza costituisce strumento essenziale per una **maggiore consapevolezza e responsabilità individuale e sociale del cittadino al momento della scelta delle modalità e delle condizioni di accesso al servizio** e strumento di **attuazione concreta dei principi di uguaglianza e di universalità** su cui si fonda il servizio sanitario pubblico
- Importante dunque la **nuova definizione del principio di trasparenza operata dall'art. 1 decreto** che espressamente individua quali scopi primari della trasparenza **la tutela dei diritti dei cittadini e la promozione della partecipazione degli interessati**
- In questa prospettiva, appaiono particolarmente rilevanti non solo gli **obblighi enunciati dall'articolo 41** specificamente riferiti al SSN, ma anche gli **obblighi di pubblicazione concernenti le prestazioni offerte ed i servizi erogati ribaditi dall'art. 32 del decreto**



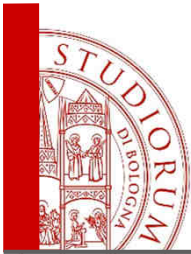
Nuovi obblighi di pubblicità specifici per il ssn

- spese per pagamenti effettuati, distinti per tipologia di lavoro, bene, servizio : trasparenza dei singoli pagamenti (per garantire un dettaglio informativo che permetta di “seguire” ogni decisione di spesa sino alla fase della sua liquidazione, incrociando il dato oggettivo con quello soggettivo)
- informazioni e dati relativi agli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo; di responsabile di dipartimento e di strutture semplici e complesse
- criteri di formazione delle liste di attesa
- dati relativi alle attività professionali svolte in regime di libera professione
- accordi contrattuali con gli enti accreditati
- servizi erogati, anche da parte degli enti accreditati in quanto «gestori» di pubblici servizi (v. art. 32)



Quali margini di flessibilità?

- La specificità dell'organizzazione sanitaria non esclude, anzi rafforza la convinzione del legislatore statale che i **“livelli essenziali di trasparenza” debbano essere garantiti in modo uniforme**; scelta dimostrata anche dalla comune sottoposizione di tutte le amministrazioni agli standard, modelli e schemi per l'attuazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza, affidati alla competenza dell'ANAC, sia pure previo parere – tra l'altro - della Conferenza Unificata
- **l'effettivo spazio di differenziazione regionale nell'applicazione del decreto appare limitato**, nonostante le evidenti ricadute degli adempimenti di trasparenza sull'organizzazione sanitaria, inclusa nella competenza legislativa delle Regioni, e nonostante l'autonomia organizzativa riconosciuta alle stesse aziende sanitarie



Entrata in vigore e adempimenti

- Le amministrazioni sono chiamate ad applicare le idonee soluzioni organizzative per garantire l'attuazione della nuova disciplina in modo tempestivo, tenendo conto che l'entrata in vigore ufficiale è fissata al 23 dicembre 2016
- Tale termine va coordinato con il termine del 31 gennaio 2017 per l'aggiornamento al PTCPT e sua pubblicazione (entro il mese successivo)
- Entro il 23 giugno 2017 tutte le amministrazioni sono chiamate a dotarsi di una disciplina compiuta in materia di accesso



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Prof.ssa Claudia Tubertini
Dipartimento di scienze giuridiche (DSG)
Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica (SPISA)
claudia.tubertini@unibo.it
www.unibo.it