

CONFIGURAZIONE DEL RICORSO AL DIFENSORE CIVICO IN MATERIA DI ACCESSO AGLI ATTI

Secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale il ricorso al difensore civico, comunque denominato (riesame, ricorso gerarchico proprio, ricorso gerarchico improprio, ecc.) costituisce un rimedio amministrativo ascrivibile ad un ricorso gerarchico improprio, in quanto rivolto ad un organo non originariamente competente, né legato a quello competente da una relazione organica di sovraordinazione (Cons. di Stato, Sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938). Trattasi di strumento di tutela che favorisce l'esercizio del diritto di accesso nei confronti dell'amministrazione pubblica con effetti deflattivi del contenzioso, tenuto, tra l'altro, conto degli oneri connessi al ricorso giurisdizionale.

Nei confronti degli atti di diniego o di differimento dell'accesso adottati dalle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato il ricorso va, invece, presentato alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (artt. 25 e 27 legge 241/1990).

Sul piano procedurale, in caso di accoglimento del ricorso in materia di accesso da parte del Difensore civico l'amministrazione resistente ha l'onere di riesaminare il diniego entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della decisione nei sensi e nei limiti indicati nella decisione stessa. All'esito del riesame l'Amministrazione che ha adottato l'impugnato provvedimento di diniego (espreso o tacito) di accesso agli atti può adottare un provvedimento confermativo motivato. La motivazione a sostegno della conferma del diniego di accesso non può essere meramente confermativa dell'atto impugnato, dovendo dare puntuale contezza in ordine alle argomentazioni logico-giuridiche sulle quali si fonda il non allineamento alle argomentazioni contenute nella decisione favorevole del difensore civico.

Secondo gli indirizzi della giurisprudenza "il provvedimento confermativo di cui è menzione all'art. 25, comma 4, legge n. 241/90 si configura ...quale autonoma manifestazione di volontà provvedimentale con la quale l'Autorità, all'uopo espressamente compulsata dal [difensore civico]: - riesamina compiutamente la fattispecie; - motivatamente si discosta dalle "contrarie determinazioni" [del difensore civico] per giungere ad una nuova reiezione della istanza di accesso" (T.A.R. Milano, Lombardia sez. I, 27.08.2018, n. 2024; T.A.R. Firenze, sez. II, 07.04.2015, n. 554). Il provvedimento confermativo diventa a sua volta impugnabile innanzi al

giudice amministrativo mentre non sembra possibile una nuova impugnazione innanzi alla Commissione o al difensore civico per il principio del ne bis in idem.

Qualora l'amministrazione resistente non emani il provvedimento motivato, confermativo del diniego, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico (artt. 32, comma 5, l.p. 23/1992, 25, comma 4, legge 241/1990) l'accesso è consentito. L'eventuale silenzio dell'amministrazione acquista, quindi, valore di silenzio assenso e l'accesso ai documenti non può essere impedito.

in buona sostanza, sul piano operativo, l'accoglimento del ricorso non comporta l'annullamento dell'atto da parte del difensore civico, ma solo un potere sollecitatorio di riesame, che l'amministrazione deve esercitare entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione da parte del difensore civico.

Del resto il difensore civico non dispone di poteri coercitivi specifici nei confronti delle amministrazioni, non può obbligare, quindi, le amministrazioni a consentire l'accesso, posto che – lo si ripete - l'amministrazione, nel caso voglia discostarsi dalla decisione del difensore civico, può adottare entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di quest'ultimo, un provvedimento confermativo motivato del diniego e in assenza di detto provvedimento l'accesso è consentito.

Serrando le fila del discorso, il rimedio giustiziale in esame pare connotato da intrinseca fievolezza, proprio perché al ricorso segue più che una decisione in senso tecnico una sorta di "invito" alla Pubblica amministrazione a rivedere il procedimento e a riconsiderare il rifiuto all'accesso.

E' innegabile che l'attuale modello procedimentale di ricorso al difensore civico (o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato) abbia degli oggettivi limiti, come è stato ripetutamente denunciato anche dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi nelle varie relazioni trasmesse al Parlamento, di cui si riporta uno stralcio estratto dalla Relazione 2017 pubblicata sul proprio sito (www.commissioneaccesso.it):

"In particolare, la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ha ribadito che: in caso di perdurante ritardo dell'amministrazione nel concedere l'accesso, pur dopo una

decisione favorevole al cittadino in sede di ricorso, la Commissione - nell'esercizio della propria attività consultiva o giustiziale - non può obbligare l'amministrazione, difettando in capo alla prima poteri ordinatori nei confronti della p.a. (ex art. 25 L. n. 241/90), fatta salva l'eventuale possibilità del cittadino di adire il competente Giudice amministrativo, dotato di poteri coercitivi per dare attuazione concreta al diritto di accesso, salva sempre la possibilità di denuncia per omissione di atti di ufficio ove ne ricorrano i presupposti. In proposito, la Commissione sottolinea che tale carenza di poteri, di fatto, in molti casi, finisce con l'inficiare la piena efficacia dello strumento di tutela amministrativa, costringendo il cittadino, per ottenere l'accesso a doversi comunque rivolgere all'autorità giurisdizionale. La Commissione per l'accesso, nell'ambito dell'esercizio dei propri poteri di impulso attribuiti ai sensi dell'articolo 27 della legge n. 241 del 1990 ritiene necessario sollecitare un intervento del legislatore finalizzato a dotarla dei necessari poteri coercitivi, sostitutivi o sanzionatori, utili ad ottenere dalle amministrazioni inadempienti l'effettivo accesso alla documentazione richiesta, in caso di accoglimento dei ricorsi. Tale esigenza che trova riscontro nei dati raccolti nella relazione sull'attività svolta nell'anno 2017..., è già stata ripetutamente segnalata dalla Commissione anche nelle relazioni al Parlamento per gli anni 2015 e 2016".

A suggello delle indicate argomentazioni sarebbe auspicabile - in una prospettiva deflattiva del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso e di potenziamento degli strumenti di tutela alternativa a quella giudiziaria - l'introduzione di una disciplina (nella legge 241/1990 e nel d. lgs. 33/2013) che preveda l'obbligatorio preventivo esperimento del ricorso stragiudiziale al difensore civico prima di adire l'organo giurisdizionale. Ne consegue che l'esperimento di tale procedimento costituirebbe condizione di procedibilità della domanda giudiziale di cui all'articolo 116 del codice del processo amministrativo (in materia di ricorsi al TAR contro le determinazioni in materia di accesso). Teniamo conto, del resto, che l'esigenza di incentivare e razionalizzare gli strumenti di giustizia alternativa anche nei confronti della Pubblica amministrazione è condivisa a vari livelli.

È, peraltro, evidente che un eventuale intervento teso alla riscrittura legislativa della procedura in materia di ricorsi al difensore civico avverso i dinieghi in materia di accesso agli atti involge prioritariamente la competenza del legislatore statale, abilitato a definire le modalità di allineamento da parte del legislatore regionale/provinciale anche con carattere di vincolatività. Del resto l'afferenza ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili

e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (ex art. 29, comma 2 bis) legge 241/1990) si estrinseca nel riconoscimento di una riserva di competenza legislativa statale nell'individuazione delle misure minime e degli standard di tutela uniforme che non possono essere derogati dalla normativa regionale.

GM 18.06.2020