

## **Il diritto di accesso ai documenti dopo la legge n.15 del 2005 : natura, soggetti legittimati e ambito applicativo**

*di Massimo Ciammola*

Sommario: *Introduzione ; I) La pluralità dei diritti di accesso nel nuovo sistema amministrativo ; II) La controversa natura del diritto di accesso ai documenti ; III) La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi ; IV) L'ambito applicativo del diritto di accesso ; Conclusioni.*

### **INTRODUZIONE**

A partire dagli anni novanta il principio di trasparenza è entrato prepotentemente nell'ordinamento giuridico italiano.

Già alla fine degli anni ottanta erano intervenute alcune normative settoriali<sup>1</sup>, che per la prima volta avevano previsto forme di più o meno intensa pubblicità degli atti in possesso dell'amministrazione, ma in ragione della loro natura e del circoscritto ambito applicativo non potevano rappresentare una vera e propria svolta rispetto al regime in atto di accessibilità alla documentazione.

Come è stato rilevato, infatti, fino alla legge sugli enti locali (art.25 l.27/12/1985 n.816<sup>2</sup> e poi art.7 l.142/1990) e poi alla legge generale sul procedimento amministrativo del 7 agosto 1990, in Italia era stato vigente un principio generale di

---

<sup>1</sup> Ad es., l'art.3 del d.l. 9 settembre 1988 n.397, che prevedeva l'obbligo per gli osservatori regionali sulla produzione e smaltimento dei rifiuti di origine industriale di divulgare i dati sulla produzione, raccolta e smaltimento dei rifiuti e sul recupero ed impiego delle materie secondarie ; l'art. 56 del RD 21 aprile 1942, modificato dal DPR 23 giugno 1988 n.250, in base al quale chiunque può richiedere copia dei pareri resi dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario o su richiesta della P.A., non dichiarati riservati, entrambi citati da F. Caringella, R. Garofoli e M.T. Sempreviva in *L'accesso ai documenti amministrativi – Profili sostanziali e processuali*, Milano, II ed., 2003, 8.

<sup>2</sup> Legge 27 dicembre 1985 n.816, "Aspettative, permessi e indennità degli amministratori locali", in G.U. n.7 del 10 gennaio 1986.

segretezza degli atti in possesso dei pubblici poteri, salvo le eccezioni tassativamente ed espressamente previste dalla legge. Una regola generale di riservatezza, dunque, di fronte alla quale le ipotesi di pubblicità degli atti costituivano l'eccezione.

Allo stesso tempo, anche quando limitate forme di accessibilità erano previste, non era quasi mai disciplinata la procedura di ostensione, e non erano quindi stabilite le garanzie e le modalità che sorreggevano la facoltà di prendere visione dei documenti.

La legge del 1985 sugli atti degli enti locali, allora, si limitava a proclamare il diritto di tutti i cittadini "di prendere visione di tutti i provvedimenti adottati dai comuni, dalle province, dai consigli circoscrizionali, dalle aziende speciali di enti territoriali, dalle unità sanitarie locali, dalle comunità montane"<sup>3</sup>, rinviando ai regolamenti delle singole amministrazioni la disciplina dell'esercizio di tale diritto.

Più articolata ma sempre limitata ad un ben determinato settore era stata la disciplina sull'accesso contenuta nella legge istitutiva del Ministero dell'ambiente, il cui articolo 14 stabiliva la più ampia divulgazione da parte del Ministero dell'ambiente delle informazioni sullo stato dell'ambiente, la pubblicazione per estratto sulla G.U. degli atti del Consiglio Nazionale per l'ambiente che interessano la generalità dei cittadini e il diritto d'accesso "di qualsiasi cittadino alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili presso gli uffici della P.A.", nonché il diritto di ottenerne copia previo rimborso delle sole spese di riproduzione e di ufficio.

E' soltanto quindi con la legge sulle autonomie locali – l. 8 giugno 1990 n.142, poi trasfusa nel decreto legislativo 18 agosto 2000 n.267 – e con la legge sul procedimento amministrativo n.241/1990 che il principio di pubblicità e di trasparenza assume una portata generale<sup>4</sup>, capovolgendo completamente il sistema

---

<sup>3</sup> Art.25 legge 816/1985.

<sup>4</sup> "L'art.22 della l. n. 241/1990 opera una generalizzazione del diritto di accesso e una estensione della sua portata (che va al di là dell'accesso ai singoli provvedimenti, come nella l. n. 816/1985, o alle delibere come nel previgente r.d. n. 383/1934 t.u. com. prov.), in quanto esplicitazione dei principi di trasparenza e di imparzialità": G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1340.

precedentemente in vigore, basato sul segreto e sul divieto di divulgazione degli atti e delle informazioni in possesso della P.A..

“Con la legge 241/1990 si è voluta ribaltare la regola della segretezza, realizzando un modello di amministrazione che, attraverso la trasparenza e la partecipazione, si evolvesse verso un nuovo tipo di rapporto con il cittadino, attraverso il passaggio dal concetto di amministrazione-autorità a quello di amministrazione-servizio, dal concetto di amministrazione burocratica al concetto di amministrazione partecipata”<sup>5</sup>.

Il diritto di accesso viene ritenuto costituire applicazione e proiezione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, che impongono all'amministrazione di operare come 'casa di vetro', permettendo il controllo del suo operato da parte della collettività e favorendo la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali secondo la logica democratica, per una più efficace tutela dei propri diritti.

Alla base della legge sull'ordinamento degli enti locali e della legge generale sul procedimento c'è quindi una concezione nuova del cittadino e delle sue prerogative, nella quale il diritto di accesso assume un ruolo fondamentale, come espressione del più ampio diritto all'informazione e come strumento che concorre a realizzare i principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa<sup>6</sup>.

Dai primi passi iniziali il diritto di accesso ai documenti amministrativi si è sviluppato sia quantitativamente, sia qualitativamente.

Numerose e variegate sono state le normative che a dati fini hanno disposto l'introduzione di forme di pubblicità e di visione degli atti o delle informazioni,

---

<sup>5</sup> T. Miele, in *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso. Lo stato di attuazione della legge 7 agosto 1990 n.241*, Torino, 1995, 181.

<sup>6</sup> “La situazione, negli ultimi anni, è radicalmente mutata. L'art.1 l. proc. contempla espressamente tra i principi dell'azione amministrativa quello di pubblicità. Le disposizioni contenute nel capo V della medesima legge, poi, disciplinano taluni strumenti applicativi del principio generale, quali l'accesso ai documenti amministrativi (art.22 ss.) e la pubblicazione degli atti normativi e amministrativi generali (art.26). Ne deriva la duplice conseguenza che, da un lato, la pubblicità è divenuta la regola e il segreto l'eccezione (o, più tecnicamente, che il segreto da personale, cioè legato al soggetto, è divenuto reale e, quindi, determinato dal contenuto dell'informazione) e, dall'altro, che il diritto all'informazione è divenuto interesse qualificato, pienamente azionabile da parte dei titolari”, così A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), parte generale, tomo II, 2003, 1083.

mentre allo stesso tempo l'istituto regolato dalla disciplina nazionale sul procedimento è uno di quelli che ha ricevuto più intensa applicazione, come dimostra il numero straordinario di decisioni giurisprudenziali che se ne occupano.

Si può quindi affermare che oggi sono compresenti nell'ordinamento una pluralità di diritto di accesso, tutti connotati da una esigenza di pubblicità e di partecipazione di base, ma differenti per titolarità, disciplina ed ampiezza.

In questo sistema composito la legge sul procedimento amministrativo del 1990 finisce per assumere la collocazione di stella polare, ovvero di normativa che prefigura la disciplina generale e di più ampia applicazione del diritto di accesso alla documentazione, mentre le altre discipline di settore configurano diritti di informazione "speciali", che godono di un proprio peculiare regime, in tutto o in parte sottratto alla sfera di influenza della legge n.241.

La cosiddetta legge sulla trasparenza ha quindi rappresentato, in questi anni, il fondamento del riconoscimento più vasto dei diritti del cittadino nei confronti dell'operato dei pubblici poteri e lo strumento più forte per assicurare la completa soddisfazione delle esigenze di democraticità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Da ultimo, attraverso la legge di riforma n.15 del febbraio 2005, l'accesso ai documenti è stato completamente modificato, riscrivendo da capo la quasi totalità delle sue disposizioni. Questo è accaduto soprattutto per tenere conto delle conseguenze derivanti dalla modifica del Titolo V della Costituzione, oltre che per aggiornare e correggere alcune previsioni alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e delle nuove finalità avute di mira dal Legislatore<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Occorre però tenere conto che, ai sensi del terzo comma dell'art.23 della legge 15/2005, le nuove disposizioni in materia di accesso ai documenti da essa introdotte avranno effetto soltanto a partire dalla approvazione del regolamento governativo destinato a integrare o modificare il precedente DPR n.352 del 1992. Il terzo comma dell'art.23 della legge 11 febbraio 2005 n.15, stabilisce infatti che "Le disposizioni di cui agli articoli 15, 16 e 17, comma 1, lettera a), della presente legge hanno effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2 del presente articolo". E il regolamento di cui al comma 2 è, appunto, quello che il Governo è autorizzato ad adottare, "entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge", ai sensi dell'art.17, comma 2, l. 23 agosto 1988 n.400, per adeguare il DPR 27 giugno 1992 n.352 alle modifiche introdotte dalla legge n.15/2005.

L'intervento riformatore del 2005, però, sembra sorretto da una logica e da una impostazione in parte diversa da quella dei suoi illustri precedenti normativi, nella quale le esigenze di tutela del privato si trovano a dover fare i conti con altri interessi o prerogative ritenuti meritevoli di considerazione e protezione.

E' utile quindi stabilire se è cambiata, e in che modo, la configurazione che il diritto di accesso assume nell'ambito dell'ordinamento, anche raffrontando l'istituto contemplato dalla legge n.241 con le altre ipotesi – i vari accessi 'speciali' – contenute nelle leggi di settore.

Dopo una necessaria rilettura dei vari passaggi normativi e giurisprudenziali che hanno interessato la disciplina dell'accesso, il presente lavoro intende pertanto tentare di individuare la portata delle modifiche intervenute e se a seguito di esse il diritto di accesso nella sua essenza è rimasto lo stesso oppure se è in qualche modo mutato, e per far questo si sottoporranno ad analisi i seguenti caratteri : la natura giuridica dell'accesso, i soggetti legittimati e l'ambito applicativo.

## CAPITOLO I

### LA PLURALITA' DEI DIRITTI DI ACCESSO NEL NUOVO SISTEMA AMMINISTRATIVO

#### 1.1 L'accesso partecipativo (art.10 l.241/1990)

Secondo l'art.10 della legge 7 agosto 1990 n.241, i soggetti di cui all'articolo 7 della legge e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto - lettera *a)* – *di prendere visione* degli atti del procedimento.

Viene qui in rilievo il cd accesso partecipativo o endoprocedimentale, che “si esplica, nell'ambito del procedimento amministrativo, ad opera degli interventori necessari e volontari e rappresenta una modalità di partecipazione del privato al procedimento”<sup>8</sup>.

Esso può essere esercitato, infatti, da parte di coloro che sono legittimati a prendere parte al procedimento *in itinere*, ovvero dai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, da quelli che per legge debbono intervenire, da quelli – diversi dai suoi diretti destinatari – ai quali possa derivare dal provvedimento un pregiudizio, purchè individuati o facilmente individuabili (art. 7 l.241), nonché dai soggetti liberamente intervenuti, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento (art. 9 l.241).

A differenza dell'istituto regolato dagli artt.22 ss., dunque, l'accesso *sub specie* di diritto di visione *ex art.10* è consentito soltanto a procedimento in corso ed è preordinato all'acquisizione di conoscenze in funzione partecipativa del privato alla futura determinazione amministrativa<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Così A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), parte generale, tomo II, *cit.*, 1156.

<sup>9</sup> Secondo il Tar Lazio, sez. I, 15 dicembre 2000 n.12144, gli articoli 10, lett. *a)* e 22 l. 7 agosto 1990 n.241 prevedono due distinte forme di accesso agli atti e ai documenti amministrativi, e cioè un

Esso, infatti, è “chiaramente strumentale al miglior esercizio del diritto di partecipazione al procedimento stesso e di difesa delle proprie posizioni preliminarmente all’adozione del provvedimento finale”<sup>10</sup>.

L’accesso partecipativo appare comunque riconducibile nella sua essenza al diritto contemplato dagli artt.22 e ss. della legge, pur godendo, come visto, di peculiare titolarità e finalità<sup>11</sup>.

Dal che deriva, ad esempio, che anche nell’accesso endoprocedimentale sia riconosciuta la facoltà di estrarre copia dei documenti – oltre che di prenderne visione – sebbene tale prerogativa sia dalla legge prevista espressamente solo per il vero e proprio diritto d’accesso (*ex art.25 l. 241*)<sup>12</sup>.

Inoltre – a differenza del diritto *ex art.22 ss.* – si ritiene che l’accesso partecipativo non debba sottostare all’onere di motivazione della richiesta, a causa della sua legittimazione procedimentale<sup>13</sup>.

---

accesso partecipativo ed un accesso informativo: “la prima forma di accesso ha la finalità principale di assicurare la pienezza del contraddittorio e della partecipazione ai soggetti coinvolti in un procedimento amministrativo che li riguarda, mentre la seconda forma ha la finalità di assicurare la trasparenza dell’attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale”, in TAR, n.1, gennaio 2001, 97.

<sup>10</sup> M.A. Sandulli, in *Accesso ai documenti amministrativi*, Enc. del diritto, aggiornamento IV, 2000, 6.

<sup>11</sup> In questo senso, ad es., è pacifico che si applichi anche all’accesso regolato dall’art.10 lo speciale rito accelerato dettato dall’art.25 l.241 in riferimento all’accesso cd conoscitivo. In questi termini M.A. Sandulli, *op. cit.*, 7.

<sup>12</sup> “In base al tenore letterale dell’art.10, sembrerebbe che chi chiede di accedere all’interno del procedimento (e che quindi, di regola, ha un interesse maggiore di quello dell’estraneo al procedimento) possa ottenere solo un accesso ridotto, unicamente per visione, rispetto a chi chiede di accedere dall’esterno ai sensi dell’art.22, che può ottenere non solo la visione, ma anche la copia del documento richiesto. Per dare alla norma un’interpretazione secondo ragionevolezza bisogna imputare l’apparente discrasia ad un difetto di coordinamento tra i due articoli, e quindi ritenere che anche chi accede dall’interno abbia diritto ad ottenere una copia degli atti del procedimento (qualora, ovviamente, non sussistano motivi di divieto o di differimento dell’accesso)”: così S.Giacchetti, *Accesso e riservatezza : separati in casa*, in Rassegna Cons. Stato, n.2, febbraio 2004, 466.

<sup>13</sup> “L’onere di richiesta motivata per l’accesso agli atti della pubblica amministrazione, previsto dall’art.25, comma 2, l. 7 agosto 1990 n.241, sussiste in relazione alla posizione del soggetto terzo rispetto al procedimento, che ha l’onere di allegare la legittimazione fondata su un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, mentre il soggetto che è parte del procedimento ha un diritto incondizionato di prendere visione degli atti del procedimento”: Tar Lazio, sez.III-bis, 7 maggio 2001 n.3888, in TAR, n.5-6, maggio-giugno 2001, 1603. Di avviso parzialmente diverso è S. Giacchetti, che – per quanto riguarda l’accesso procedimentale – si domanda : “è proprio necessaria la preliminare acquisizione della titolarità di una situazione legittimante, costituita dalla qualità formale di parte necessaria (ai sensi dell’art.7) o di intervenuto nel procedimento (ai sensi del successivo art.8)? Quanto meno per gli intervenuti ci sarebbe da dubitarne. Infatti non esiste un formale atto di intervento nel procedimento amministrativo; sicchè sembra erroneo il disposto dell’art.10, secondo cui sarebbero soltanto i soggetti *intervenuti* (e cioè già presenti nel procedimento) quelli che ‘hanno

## 1.2 L'accesso conoscitivo (artt. 22 ss. L.241/1990)

L'art.22 della legge 7 agosto 1990 n.241 configura il cd diritto di accesso conoscitivo o extraprocedimentale, in quanto si realizza a procedimento concluso e mira a soddisfare un'esigenza conoscitiva del contenuto di atti.

In base al (vecchio testo) dell'art.22, primo comma, L.241, il diritto di accesso è riconosciuto "a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti", secondo le modalità stabilite dalla legge e al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale.

"Secondo quanto previsto dall'art.22, 1° co., *cit.*, sono titolari del diritto di accesso ai documenti amministrativi i cittadini italiani, singoli o associati, le pubbliche amministrazioni, le imprese ed i cittadini stranieri e gli apolidi, la cui richiesta di accesso sia motivata con l'esigenza di tutelare una 'situazione giuridicamente rilevante' »<sup>14</sup>.

Si assiste quindi ad una separazione e differenziazione tra il diritto di accesso e la situazione giuridicamente tutelata che ne è alla base e che ne giustifica la titolarità. "L'esercizio del diritto viene così ad essere subordinato all'esigenza del soggetto richiedente di tutelare una sua particolare situazione giuridica, che può essere collegata ad una situazione di vantaggio o può consistere nella resistenza a situazioni di svantaggio che potrebbero derivare dall'attività amministrativa"<sup>15</sup>.

Rinviando al cap. II per quanto concerne la natura del diritto di accesso, può qui rilevarsi come è pacifica acquisizione che esso rappresenti "una specificazione del più ampio diritto all'informazione, il quale trova fondamento nella nostra

---

diritto...di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento' e di 'prendere visione degli atti del procedimento' stesso. In realtà è proprio la presentazione di memorie scritte e documenti che attribuisce – o più esattamente autoattribuisce – la qualità formale di partecipante al procedimento...di conseguenza, quanto meno per gli intervenuti non esiste una situazione legittimante che preesista all'intervento", in *Accesso e riservatezza : separati in casa, op. cit.*, 464.

<sup>14</sup> Così G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in Enc. giur. Treccani, vol. XXXI, 1995, 2.

<sup>15</sup> T.Miele, in *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso. Lo stato di attuazione della legge 7 agosto 1990 n.241*, Torino, 1995, 193.

Costituzione in quelle norme che garantiscono il pieno sviluppo della persona umana (art.2), l'uguaglianza tra i cittadini (art.3), la sovranità popolare (art.1), la partecipazione all'organizzazione del Paese (art.3, comma 2), e risponde al precetto, proprio dello Stato di diritto, di pubblicità dell'azione degli organi titolari di potestà pubbliche<sup>16</sup>.

Allo stesso tempo il diritto di accesso di cui agli artt.22 ss. non va confuso con la legittimazione ad agire in giudizio, godendo lo stesso di una propria autonomia<sup>17</sup>, che vale a distinguerlo dalla azionabilità di un'azione giurisdizionale o dalla legittimazione a prendere parte al procedimento cui la richiesta si riferisce.

Pertanto, "il diritto di accesso previsto dagli art. 22 e ss. L. 7 agosto 1990 n.241 si configura come autonoma posizione tutelata, finalizzata all'informazione del soggetto interessato, indipendentemente dalla lesione in concreto di una determinata posizione di diritto soggettivo o interesse legittimo, in quanto la nozione di interesse giuridicamente rilevante è più ampia rispetto a quella dell'interesse all'impugnazione caratterizzato dall'attualità e concretezza, e consente la legittimazione all'accesso a chiunque possa dimostrare che il provvedimento, o il documento amministrativo, siano idonei a dispiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente da una lesione giuridica"<sup>18</sup>.

### 1.3 L'accesso nel T.U. enti locali (art.10 e 43 d. lgs. n.267/2000)

Pochi mesi prima della legge n.241 il Parlamento aveva approvato la legge di riforma dell'ordinamento delle autonomie locali – l. 8 giugno 1990 n.142<sup>19</sup> - in cui per la prima volta hanno trovato riconoscimento una serie di istituti che poi sarebbero stati disciplinati – non sempre negli stessi termini – dalla legge generale sul procedimento.

---

<sup>16</sup> T.Miele, *op. cit.*, 181.

<sup>17</sup> Secondo A. Romano Tassone risulta confermato che "il diritto d'accesso non costituisce la mera proiezione delle esigenze di difesa processuale del cittadino, ma ha una propria autonomia strutturale e funzionale rispetto a questa", in *A chi serve il diritto d'accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella legge n.241/1990)*, Dir. amm., 1995, n.3, 332.

<sup>18</sup> Tar Lazio, sez., II, 13 ottobre 1999 n.1904, in TAR, 1999, I, 4226.

<sup>19</sup> Legge 8 giugno 1990 n.142, "Ordinamento delle autonomie locali", in G.U. 12 giugno 1990 n.135.

Uno dei più importanti tra questi istituti è appunto il diritto di accesso agli atti amministrativi, che l'art.7, comma 4, della legge n.142 del 1990 – sotto la rubrica “Azione popolare, diritti d'accesso e di informazione dei cittadini”<sup>20</sup> – riconosce a tutti i cittadini “singoli o associati”, mentre il comma successivo dispone che gli enti locali “al fine di rendere effettiva la partecipazione dei cittadini all'attività dell'amministrazione”, assicurino l'accesso alle strutture e ai servizi agli enti, alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni.

L'art.31 della stessa legge ( oggi l'art.43 d. lgs. 267/2000) attribuiva poi ai consiglieri comunali e provinciali il diritto di ottenere dagli uffici comunali e provinciali, dalle aziende ed enti dipendenti, “tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato”, vincolandoli al segreto nei casi previsti per legge<sup>21</sup>.

La legge n.142 del 1990 è stata in seguito trasfusa nel Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali<sup>22</sup>, ma la disciplina dell'accesso è rimasta immutata<sup>23</sup>.

E' possibile quindi evidenziare le assonanze e le divergenze tra il diritto di accesso riconosciuto nella legge sulle autonomie locali e quello regolato dalla legislazione nazionale.

---

<sup>20</sup> Il testo completo dell'art.7 l. 142/1990 recita : “1. Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune. 2. Il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti del comune. In caso di soccombenza, le spese sono a carico di chi ha promosso l'azione o il ricorso, salvo che il comune costituendosi abbia aderito alle azioni e ai ricorsi promossi dall'elettore. 3. Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese. 4. Il regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi e disciplina il rilascio di copie di atti previo pagamento dei soli costi; individua, con norme di organizzazione degli uffici e dei servizi, i responsabili dei procedimenti; detta le norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardino; assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione. 5. Al fine di rendere effettiva la partecipazione dei cittadini all'attività dell'amministrazione, gli enti locali assicurano l'accesso alle strutture ed ai servizi agli enti, alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni”.

<sup>21</sup> Articolo 31, comma 5, legge 8 giugno 1990 n.142, ora inserito nell'art.43 decreto legislativo 267/2000.

<sup>22</sup> Decreto legislativo 18 agosto 2000 n.267, in G.U. 28 settembre 2000 n.227.

<sup>23</sup> Il riferimento è oggi agli articoli 10 e 43 d. lgs n.267/2000.

Balza subito all'occhio la differente titolarità. Nel decreto legislativo n.267/2000 il diritto di accesso non spetta 'a chiunque', ma ai soli cittadini, con esclusione quindi dei cittadini stranieri e degli apolidi.

In secondo luogo nel sistema degli enti locali la legge "riconosce il diritto di accesso *sic et simpliciter* ai cittadini, singoli o associati, prescindendo dalla sussistenza di una posizione giuridica qualificata, mentre l'art.22 l. n. 241 del 1990 esclude che l'accesso vada attribuito a *quisque de populo* e limita la categoria dei soggetti titolari del diritto soltanto a coloro che vi abbiano interesse per la tutela di una situazione giuridicamente rilevante"<sup>24</sup>.

Ne deriva che, mentre nel sistema del T.U. enti locali il cittadino non deve provare il proprio interesse alla conoscenza, bastando soltanto il possesso dello *ius civitatis* (requisito soggettivo) e l'attinenza del documento di cui si chiede la visione agli "atti comunali e provinciali" (requisito oggettivo), secondo la legge sul procedimento amministrativo è richiesta la titolarità in capo all'interessato di una posizione qualificata e differenziata, la strumentalità dell'accesso rispetto alla cura di questo interesse giuridicamente rilevante e la pertinenza dei documenti cui si chiede di accedere. Così, secondo il Consiglio di Stato n.1288 del 1996, la norma contenuta nell'art.22, primo comma, l. 241/1990, pur riconoscendo il diritto di accesso ai documenti amministrativi a 'chiunque vi abbia interesse', "non ha introdotto alcun tipo di azione popolare, dal momento che ha successivamente ricollegato siffatto interesse all'esigenza di tutela di situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, pertanto il diritto in questione costituisce un tipo di pretesa strumentale per l'eventuale tutela di posizioni qualificate, sicchè l'accesso *de quo*, pur conseguendo al proclamato intento di 'assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale', è consentito soltanto a coloro ai quali i documenti, direttamente o indirettamente, pertengono e che se ne possono, eventualmente, avvalere per la tutela di una posizione di interesse legittimo"<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Così N. Gullo, in *Il diritto di accesso nell'ordinamento degli enti locali : un problema ancora aperto*, in Foro amm.-TAR, n.6, giugno 2002, 2214.

<sup>25</sup> Consiglio di Stato, VI sez., 1 ottobre 1996 n.1288, in CdS, 1996, n.10, 1535.

A ciò si deve aggiungere una differente regolamentazione anche per quanto riguarda le modalità di esercizio del diritto di accesso.

Mentre in base all'art.25 l.241 la richiesta deve essere motivata, il decreto legislativo n.267 prevede che sia il regolamento dell'ente locale a garantire il diritto di accesso a tutti i cittadini, previo pagamento dei soli costi, senza che sia necessario motivare alcunché<sup>26</sup>. Del tutto peculiare – e in distonia con le previsioni della legge 241 – si presenta anche il diritto di informazione riconosciuto ai consiglieri comunali e provinciali<sup>27</sup>. Come detto, a essi è riconosciuto dall'art.43 d.lgs. 267/2000 il diritto ad ottenere tutte le notizie e le informazioni “utili all'espletamento del proprio mandato”. Il diritto del consigliere comunale e provinciale viene comunemente configurato come un diritto politico, ricollegato alle funzioni svolte, di talchè per regola il suo esercizio non richiede motivazione<sup>28</sup> ed è in ogni caso connotato da un ambito più ampio di quello riconosciuto al diritto di accesso, in quanto non è limitato alla esibizione documentale, ma abbraccia anche le notizie e le informazioni non contenute in un documento. Ne risulta confermato che il diritto all'informazione di cui è titolare il consigliere comunale è dotato di caratteri propri e differenziati.

Riguardo le limitazioni all'accesso, la legge sugli enti locali dispone che “tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro

---

<sup>26</sup> Art.10, comma 2, d.lgs. 267/2000.

<sup>27</sup> Sul diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali v. L.Vandelli, T.Tessaro, S.Vassallo, *Organi e sistema elettorale*, Commento Parte I, Titolo III, in *Commenti al T.U. sull'ordinamento delle autonomie locali*, Bologna, 2001, 272 ; AA.VV., *L'ordinamento degli Enti Locali – Il Testo Unico (d.lgs.267/2000) e le Leggi collegate*, Bologna, 2003, 408.

<sup>28</sup> “Il diritto codificato dall'art.43, testo unico, è direttamente funzionale non già ad un interesse personale del consigliere comunale o provinciale, bensì all'espletamento del *munus* pubblico e sottende la cura di un interesse pubblico di cui il consigliere ha la rappresentanza esponenziale rispetto alla collettività amministrata. Cura dell'interesse pubblico che è quindi al contempo presupposto legittimante e limite al diritto preventivo del consigliere: ed è per questo che le norme relative ai consiglieri, a differenza di quelle concernenti l'accesso da parte di semplici cittadini, non impongono oneri di motivazione agli istanti, né presuppongono l'accertamento di uno specifico interesse ad ottenere la visione o la copia di taluni atti, essendo per i consiglieri comunali implicitamente presunta l'inerenza dell'esame dei documenti alla corretta esecuzione del mandato”: T.Tessaro, *Diritto di accesso dei privati e dei consiglieri*, in *Organi e sistema elettorale*, *cit.*, 275.

diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese”<sup>29</sup>.

Un regime generale di pubblicità e trasparenza<sup>30</sup>, dunque, temperato dalla previsione di espresse, limitate e motivate eccezioni, che devono trovare fondamento o nella legge, o nell'esigenza di evitare pregiudizi a determinate esigenze di riservatezza<sup>31</sup>.

Mentre nel sistema originario della legge n.241, invece, il diritto di accesso era riconosciuto “secondo le modalità stabilite dalla presente legge”, che all'art.24 provvedeva a dettare un regime di casi di esclusione dall'accesso, imperniato su ipotesi previste legislativamente e “altri casi di esclusione” individuati dal governo per tutelare interessi considerati particolarmente rilevanti. A seguire i regolamenti delle singole amministrazioni dovevano determinare le categorie dei propri documenti sottratti all'accesso in osservanza delle esigenze fissate dalla legge.

Si può quindi dire che nella legge 241 è disegnato un ventaglio più ampio di casi di esclusione, la cui tecnica di individuazione si sposta su più livelli, partendo da quello legislativo per arrivare a quello regolamentare, del singolo ente.

Inoltre – altra caratteristica originale del sistema delle autonomie – “gli artt. 7, comma 4, e 4, comma 2, l. n.142 del 1990, prevedono l'accesso non solo agli atti amministrativi, ma anche alle informazioni di cui sia in possesso l'amministrazione;

---

<sup>29</sup> Articolo 10, comma 1, decreto legislativo n.267/2000. Valutano con accenti critici questa previsione C.E. Gallo e S. Foà, per i quali, rispetto alla legge n.241, “la legge n.142 del 1990 appare certamente meno precisa ed innovativa, laddove riconosce all'autorità del sindaco e del presidente della provincia la possibilità di rendere non visionabili determinati atti, sia pure in conformità ad un regolamento. Campeggia, in questa norma, in modo ben più evidente o un potere discrezionale dell'amministrazione o comunque una facoltà di regolamentazione amministrativa che è in qualche misura difficilmente compatibile con il riconoscimento di un diritto soggettivo”, mentre al contrario la disciplina prevista dalla legge 241 regolamenterebbe “l'esercizio del diritto d'accesso in modo puntuale, lasciando in realtà al regolamento, pure previsto, uno spazio estremamente limitato”, in *Accesso agli atti amministrativi*, Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento 2000, 2.

<sup>30</sup> Che, a livello di principio, trova qualche assonanza più con la nuova legge n.15, che con la “vecchia” legge n.241 ; il primo comma dell'art.10 cit., infatti, richiama alla mente il dettato del nuovo articolo 22, terzo comma, l.241/1990, ai sensi del quale “*Tutti i documenti amministrativi sono accessibili*, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6”.

<sup>31</sup> Secondo S.Giacchetti, però, almeno in linea teorica, “la facoltà del sindaco o del presidente della provincia di differire temporaneamente (il decreto legislativo n.267/2000 non prevede, però, un termine massimo) l'accesso a determinati documenti, al di fuori dei casi previsti dalla legge n.241/1990, potrebbe far sì che i cittadini comunali e provinciali vengano a trovarsi, contraddittoriamente, in condizione peggiore rispetto agli altri soggetti”, *op. cit.*, 471.

una nozione quest'ultima che sembra comprendere tutte le notizie e i dati conoscitivi relativi all'attività amministrativa che, pur non concretandosi necessariamente in atti amministrativi *stricto sensu*, possono essere oggetto di precipuo interesse per gli amministrati<sup>32</sup>.

Ne deriva, nel complesso, un sistema in base al quale – secondo parte della dottrina – “la disciplina generale della legge n.241 del 1990 risulta del tutto s coordinata con quella relativa allo speciale diritto d'accesso dei cittadini e dei consiglieri comunali e provinciali<sup>33</sup>” di cui all'attuale decreto legislativo n.267/2000, in ragione delle profonde differenze tra le due regolamentazioni, quanto a titolarità, oggetto e modalità d'esercizio del diritto d'accesso.

#### 1.4 L'accesso alle informazioni in materia ambientale (d. lgs. n.39/1997)

Il diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale ha trovato organica disciplina, da ultimo, con il decreto legislativo 24 febbraio 1997 n.39<sup>34</sup>, di attuazione della direttiva 90/313/CEE, concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente<sup>35</sup>.

In precedenza un primo riconoscimento legislativo del diritto a conoscere le informazioni relative all'ambiente si era avuto con la legge istitutiva del Ministero dell'ambiente<sup>36</sup>, il cui art.14, oltre ad attribuire al Ministero in questione il compito di assicurare la più ampia divulgazione delle informazioni sullo stato dell'ambiente, riconosceva il diritto di “qualsiasi cittadino” alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili presso gli uffici della pubblica amministrazione<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Così N. Gullo, *op. cit.*, 2217, il quale sottolinea che anche sul piano processuale si può rinvenire un'importante differenza tra la legge n.241 e la legge 142 : “l'art.25 l. n. 241 del 1990 ha introdotto un procedimento camerale *ad hoc* per una più celere ed efficace tutela giurisdizionale del diritto, che non ha alcun riscontro nella disciplina sull'accesso contenuta nell'ordinamento delle autonomie locali”.

<sup>33</sup> Così S.Giacchetti, *Accesso e riservatezza: separati in casa, cit.*, 470.

<sup>34</sup> In G.U., s.o., 6 marzo 1997 n.54.

<sup>35</sup> Sul decreto legislativo n.39/1997 v. F. Fonderico, *Libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente*, Giorn. Dir. Amm., 1997, n.11, 1005.

<sup>36</sup> Legge 8 luglio 1986 n.349, “Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale”, in G.U. 15/7/1986 n.162.

<sup>37</sup> Il testo integrale dell'articolo 14 l. 349/1986, dispone : “1. Il Ministro dell'ambiente assicura la più ampia divulgazione delle informazioni sullo stato dell'ambiente. 2. Gli atti adottati dal Consiglio

Il decreto legislativo 39/1997 non sostituisce l'art.14 della legge 349/1986<sup>38</sup>, rappresentando un'autonoma regolamentazione atta ad assicurare alla collettività un ampio diritto alla conoscenza nei confronti delle informazioni, dei dati e delle attività che in qualche modo interessano l'ambiente naturale, in osservanza dei principi contenuti nella direttiva 90/313/CEE.

In base all'articolo 1 del decreto legislativo 24 febbraio 1997 n.39, chiunque ha "libertà di accesso alle informazioni relative all'ambiente in possesso delle autorità pubbliche", mentre secondo l'art.3 dello stesso decreto il diritto a conoscere le informazioni relative all'ambiente spetta "a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dimostrare il proprio interesse".

E' evidente la sottolineatura della disgiunzione della facoltà di accedere alle informazioni ambientali dal possesso di un qualche titolo legittimante, in modo da stabilire la più ampia libertà di accesso alle informazioni in questione.

"Dunque, e conformemente alla direttiva n.90/313/CEE, si amplia notevolmente il novero dei soggetti titolari sia rispetto all'art.14 l. n.349/1986 ('qualsiasi cittadino'), sia rispetto alla l. n.241/1990 ('chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti'). La norma si applica quindi a tutte le persone (fisiche o giuridiche), alle associazioni (riconosciute e non) e ai comitati. Ne deriva, tra l'altro, che non si può più fare distinzione tra cittadini (italiani e comunitari) e stranieri, ciò che assimila la situazione giuridica in esame ai diritti universali dell'uomo"<sup>39</sup>.

Il diritto all'informazione ambientale disciplinato dal decreto legislativo 39/1997 si differenzia quindi notevolmente dal diritto di accesso regolato nella legge

---

nazionale per l'ambiente debbono essere motivati e, quando la loro conoscenza interessi la generalità dei cittadini e risponda ad esigenze informative di carattere diffuso, vengono pubblicati per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 dicembre 1984 n.839, con la menzione del numero del Bollettino Ufficiale del Ministero dell'ambiente, che riporta il testo integrale dagli atti stessi nonché il processo verbale delle sedute. 3. Qualsiasi cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili, in conformità delle leggi vigenti, presso gli uffici della pubblica amministrazione, e può ottenere copia previo rimborso delle spese di riproduzione e delle spese effettive di ufficio il cui importo è stabilito con atto dell'amministrazione interessata".

<sup>38</sup> Cui anzi fa espresso riferimento al primo comma dell'art.7, per quanto concerne la relazione sullo stato dell'ambiente.

<sup>39</sup> Così il commento di F. Fonderico, *op. cit.*, 1008.

n.241/1990 sotto il profilo soggettivo, in quanto è riconosciuto *erga omnes* e non richiede la dimostrazione della sussistenza di una specifica situazione giuridica differenziata, né un qualche collegamento tra il dato cui si chiede di accedere e la posizione del richiedente<sup>40</sup>.

Inoltre la situazione giuridica affermata dal decreto 39/1997, così come quella regolata dalla legge 349/1986, viene inquadrata in dottrina tra i veri e propri diritti soggettivi pubblici, sotto forma di autonomo diritto all'informazione<sup>41</sup>.

Ma anche dal punto di vista dell'oggetto dell'accesso la normativa *de quo* si distacca dalla impostazione contenuta nella legge generale sul procedimento, in quanto in questo caso oggetto del diritto di accesso non è più (o non è solo) il documento amministrativo, bensì l'"informazione relativa all'ambiente", che ha un contenuto più vasto in quanto si compone – ai sensi dell'art.2, primo comma, lettera a) del decreto<sup>42</sup> – di "qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora o contenuta nelle basi di dati riguardante lo stato delle acque, dell'aria, del suolo, della fauna, della flora, del territorio e degli spazi naturali, nonché le attività, comprese quelle nocive, o le misure che incidono o possono incidere negativamente sulle predette componenti ambientali e le attività o le misure destinate a tutelarle, ivi compresi le misure amministrative e i programmi di gestione dell'ambiente".

D'altro canto la Corte di Giustizia<sup>43</sup> ha sostenuto una ampia nozione di "misure che incidono o possono incidere negativamente" sullo stato dell'ambiente,

---

<sup>40</sup> "Anche la norma nazionale, volta a garantire a 'chiunque la libertà di accesso alle informazioni relative all'ambiente' (articolo 1), appresta, sulla falsariga della disciplina comunitaria, una tutela, ch'è stata opportunamente definita 'desoggettivata', una tutela che prescinde, cioè, da qualunque limitazione di ordine soggettivo all'accesso e, dunque, dall'accertamento di qualsivoglia posizione di interesse, instaurando una sorta di controllo sociale diffuso sulla qualità del bene ambiente (controllo che consente, altresì, anche l'abbandono di posizioni e concezioni di carattere elitario nella qualificazione e nella politica di protezione dell'ambiente), affermando un principio di accessibilità generale e indifferenziata": Tar Lombardia, Brescia, 30 aprile 1999 n.397, in Urb. e appalti, 1999, n.6, 669.

<sup>41</sup> Così F. Fonderico, *op. cit.*, 1008, e da F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva, *op. cit.*, 83.

<sup>42</sup> Che riproduce pedissequamente, sul punto, l'art.2, lettera a), della direttiva 90/313/CEE.

<sup>43</sup> Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. VI, 15 giugno 1998, causa 321/96, in Urb. e appalti, 1998, 1264. La stessa Corte di Giustizia in seguito, proseguendo nella sua opera di consolidamento di una nozione più ampia possibile di 'informazione relativa all'ambiente' ai sensi dell'art.2, lettera a), della direttiva, ha affermato che in essa sono "pertanto previste tutte le informazioni che riguardano sia lo stato dell'ambiente, che possono incidere negativamente su di esso o destinate a tutelarlo, senza che l'elencazione contenuta in tale disposizione comporti una qualsiasi indicazione di natura tale da

intendendo per “misura” non soltanto l’atto amministrativo comunemente inteso, ma anche qualsiasi atto ed attività della pubblica amministrazione, che in qualche modo possa pregiudicare lo stato dei settori indicati dalla direttiva (acque, aria, suolo, fauna, flora, territorio, spazi naturali).

Pare evidente che nel decreto legislativo n.39/1997 il diritto alla conoscenza delle informazioni sullo stato dell’ambiente – non a caso denominato libertà – assuma una qualificazione assai moderna, che privilegia l’aspetto garantistico, di apertura verso tutti i cittadini e, addirittura, verso tutti i soggetti di diritto.

Anche la disciplina dei casi di esclusione (“sottrazione all’accesso”) o differimento è assai rigorosa<sup>44</sup>, e anche questo evidenzia il *favor* del legislatore comunitario e nazionale per l’apertura più ampia possibile alle istanze di trasparenza in materia ambientale.

E’ dunque “evidente lo scarto di qualità tra detta disciplina comunitaria e la normativa posta nell’ordinamento italiano, con riferimento al procedimento amministrativo in generale, dalla citata legge 7 agosto 1990 n.241 : laddove la prima prevede un diritto alla informazione ambientale dalla titolarità incondizionata (configurando il diritto all’informazione, in sostanza, come un diritto soggettivo pubblico supportato da una vera e propria azione popolare), dalla seconda si evince invece una chiara limitazione soggettiva del diritto di accesso, sintetizzabile nella necessità di ‘un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti’ (DPR 27 giugno 1992 n.352 : art.2, comma 1)”<sup>45</sup>.

Il divario tra la disciplina dell’accesso contenuta nella legge 241 e quella relativa alle informazioni in materia ambientale è destinato ad aggravarsi a seguito

---

limitarne la portata”: Corte Giustizia, 26 giugno 2003, causa 233/00, in Rassegna Cons.Stato, n.5-6, maggio-giugno 2003, 1091.

<sup>44</sup> Ad es., il secondo comma dell’art.4 del decreto legislativo consente la sottrazione delle informazioni in questione all’accesso solo “quando sono suscettibili di produrre un pregiudizio concreto e attuale agli interessi indicati al c.l. I materiali e i documenti contenenti informazioni connesse a tali interessi sono sottratti all’accesso solo nei limiti di tale specifica connessione”.

<sup>45</sup> Tar Lombardia, Brescia, n.397/1999, *cit.*.

della approvazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 28 gennaio 2003 n.2003/4/CE, che sostituisce la direttiva n.90/313/CEE<sup>46</sup>.

Essa ha ricevuto attuazione, scaduti i termini, con il recentissimo decreto legislativo 19 agosto 2005 n.195<sup>47</sup>, che contiene una definizione di “informazione ambientale” (art.2, comma 1, lettera a) ), ribadisce l’assenza di situazioni legittimanti per la richiesta (art.3, comma 1) e la esistenza di casi di esclusione del diritto di accesso (art.5), prevede per la tutela del diritto di accesso in materia ambientale l’applicabilità dei rimedi (giurisdizionali e non) *ex art.25 l. 241/1990* (art.7).

---

<sup>46</sup> In G.U.U.E., n.L 41 del 14 febbraio 2003, e destinata a essere recepita dagli Stati membri entro il 14 febbraio 2005. La nuova definizione di informazione ambientale ivi contenuta è, infatti, ancora più ampia della precedente. Ai sensi dell’art.2, punto 1), della direttiva n.2003/4/CE, si intende per ‘informazione ambientale’: “qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica o in qualunque altra forma materiale concernente: a) lo stato degli elementi dell’ambiente, quali l’aria e l’atmosfera, l’acqua, il suolo, il territorio, il paesaggio e i siti naturali, compresi gli igrotopi, le zone costiere e marine, la diversità biologica e i suoi elementi costitutivi, compresi gli organismi geneticamente modificati, nonché le interazioni tra questi elementi; b) fattori quali le sostanze, l’energia, il rumore, le radiazioni o i rifiuti, compresi quelli radioattivi, le emissioni, gli scarichi e altri rilasci nell’ambiente, che incidono o possono incidere sugli elementi dell’ambiente di cui alla lettera a); c) le misure (comprese quelle amministrative) quali le politiche, le disposizioni legislative, i piani, i programmi, gli accordi ambientali e le attività che incidono o possono incidere sugli elementi e sui fattori di cui alle lettere a) e b), nonché le misure o attività intese a proteggere i suddetti elementi; d) le relazioni sull’attuazione della legislazione ambientale; e) le analisi costi-benefici ed altre analisi e ipotesi economiche usate nell’ambito delle misure e attività di cui alla lettera c); e f) lo stato della salute e della sicurezza umana, compresa la contaminazione della catena alimentare, ove pertinente, le condizioni della vita umana, i siti e gli edifici di interesse culturale nella misura in cui sono o possono essere influenzati dallo stato degli elementi dell’ambiente di cui alla lettera a) o, attraverso tali elementi, da qualsiasi fattore di cui alle lettere b) e c)”.

<sup>47</sup> Decreto legislativo 18/08/2005 n.195 (“Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull’accesso del pubblico all’informazione ambientale”), in GU 23 settembre 2005 n.222. Contestualmente il d.lgs. 195/2005 ha provveduto ad abrogare il decreto legislativo 23/2/1997 n.39.

## CA PITOLO II

### LA CONTROVERSA NATURA DEL DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI

Fin dal suo primo apparire la disciplina dettata dalla legge sul procedimento amministrativo ha posto agli studiosi il problema di qualificare la natura giuridica del 'diritto' di accesso alla documentazione amministrativa.

Questo perché, come spesso accade, il Legislatore non ha espresso una opzione chiara e netta a favore della configurazione in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo della situazione giuridica *de quo*, introducendo anzi previsioni e spunti ambivalenti e contraddittori nella legge, di modo che sia l'una, sia l'altra tesi hanno trovato sostenitori in grado di far leva su buoni argomenti.

La questione non è meramente teorica, perché dall'adesione ad una soluzione anziché all'altra derivano opposte conseguenze di ordine processuale, riguardo ad es. la necessità della notifica ai controinteressati e il tipo di cognizione spettante al giudice amministrativo<sup>48</sup>.

Nemmeno la ricostruzione accolta da una famosa decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è servita a fissare un punto fermo in materia, dato che anche dopo di essa le discussioni sono proseguite e la prevalenza da essa accordata alla tesi dell'interesse legittimo non è stata seguita da larga parte della dottrina e della giurisprudenza.

A seguito degli interventi legislativi datati 2005 (e soprattutto grazie alla legge n.80), come si vedrà, il problema pare aver trovato una sistemazione,

---

<sup>48</sup> "Mentre infatti nella logica del ricorso impugnatorio avverso un atto lesivo di un interesse legittimo il terzo titolare di un interesse alla riservatezza si pone come controinteressato al quale il ricorso stesso deve essere notificato a pena di inammissibilità, nell'ottica – ormai prevalente in giurisprudenza – secondo la quale il diritto di accesso si configura come un diritto soggettivo all'informazione, l'azione giurisdizionale va intesa come diretta all'accertamento del diritto e alla condanna dell'amministrazione all'esibizione dei documenti richiesti: sicché il relativo giudizio, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale in tema di giurisdizione esclusiva sul pubblico impiego, segue le regole proprie delle controversie sui diritti soggettivi e, in particolare, l'art.102 c.p.c. sull'ipotesi di litisconsorzio necessario, con conseguente ammissibilità del ricorso, salva la necessità di integrazione del contraddittorio", così M.A. Sandulli, in *Accesso ai documenti amministrativi*, Enc. del diritto, aggiorn. 2000, IV, 12.

giungendo quindi – almeno in linea teorica – a sopire una volta per tutte la *querelle* intorno alla natura del diritto di accesso come configurato dalla odierna legge n.241/1990.

E' possibile quindi passare in rassegna le varie soluzioni interpretative che si sono contese il campo sull'argomento, partendo dalla tesi dell'interesse legittimo, per poi passare a quella di diritto soggettivo, alla presa di posizione dell'Adunanza plenaria e infine alle novità introdotte dai recentissimi interventi riformatori di cui alle leggi n.15/2005 e n.80/2005.

## 2.1 La tesi a favore della natura di interesse legittimo

Coloro che hanno ricostruito in termini di interesse legittimo la posizione del titolare del diritto di accesso ai documenti di cui alla legge n.241 del 1990<sup>49</sup> si basano su argomentazioni sia di carattere testuale, sia di tipo sistematico.

Allo scopo occorre tener presente che (nella precedente versione) l'art.22, primo comma, della Legge 241 riconosceva il diritto di accesso “al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale” e questo “secondo le modalità stabilite dalla presente legge”.

Ebbene, secondo i sostenitori della tesi dell'interesse legittimo – a dispetto del *nomen* “diritto di accesso” adoperato – la funzionalizzazione espressamente stabilita dal Legislatore della possibilità di accedere agli atti al raggiungimento di obiettivi di trasparenza e imparzialità dell'agire amministrativo svela che il cosiddetto diritto di accesso non viene tutelato di per sé, come è proprio dei diritti,

---

<sup>49</sup> Propendono in dottrina per la tesi dell'interesse legittimo, tra gli altri, G. Paleologo, *La legge 1990 n.241 : procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in Dir. proc. amm., 1991, 10 ; A. Sandulli, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in Giorn. dir. amm., 1995, n.11, 1062 ; F. Fracchia, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, 27 ; S. Cimini, *Diritto di accesso e riservatezza : il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in 'www.giustamm.it'. Contro la ricostruzione in termini di diritto soggettivo si esprime anche G. Romeo, in *Accesso ai documenti e riservatezza: rovescio e diritto di una medesima realtà*, Foro It., 1999, n.9, 442, il quale peraltro – dopo aver affermato che “nella fattispecie che disciplina l'accesso non si riesce a intravedere quale possa essere l'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata a gestire su un piano di supremazia rispetto al cittadino” – al termine di una originale ricostruzione dell'istituto afferma che “il diritto di accesso potrebbe pienamente rispondere ad un interesse individuale/pubblico, dietro il quale si può intravedere, come nel diritto all'informazione, la tutela della libertà politica di ogni cittadino”, 443.

ma trova soddisfazione nei limiti e in quanto strumento atto ad assicurare il miglior perseguimento dell'interesse pubblico ad una pubblica amministrazione che agisce rettamente e secondo canoni di trasparenza, ovvero secondo i dettami classici dell'interesse legittimo<sup>50</sup>.

Inoltre, ai sensi del (precedente) art.24, comma 5 della legge, i soggetti destinatari della richiesta di accesso hanno “facoltà di differire l'accesso ai documenti richiesti sino a quando la conoscenza di essi possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa”, mentre ai sensi del secondo comma dell'art.25<sup>51</sup> della legge sul procedimento, ogni richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata.

Si sostiene al riguardo che appare difficilmente configurabile in capo all'interessato una posizione di diritto soggettivo perfetto, quando la realizzazione di questa situazione giuridica deve sottostare e misurarsi con un potere di differimento riservato ad un soggetto terzo<sup>52</sup>, e quando la sua possibilità di esercizio non è libera, ma limitata dalla necessità di dotarsi di una congrua e convincente motivazione a supporto. La soddisfazione della pretesa non in via assoluta e immediata, ma soltanto a seguito dell'apprezzamento della sua legittimazione e consistenza ad opera del soggetto pubblico, attraverso l'esercizio di poteri discrezionali<sup>53</sup>, quindi,

---

<sup>50</sup> Secondo M.A. Sandulli “l'accento posto dal legislatore sul fine di trasparenza e di imparzialità dell'amministrazione, sottolineato come fine primario dell'accesso dalla stessa giurisprudenza sostenitrice della sua natura di diritto soggettivo...costituisce però ulteriore argomento a favore della tesi – ormai suffragata dai massimi organi giurisdizionali – che più realisticamente lo configura invece in termini di interesse legittimo”, in *Accesso ai documenti amministrativi*, Enc. del diritto, aggiorn. 2000, IV, 12.

<sup>51</sup> Per questa parte non modificato dalle riforme del 2005.

<sup>52</sup> In sede di prima attuazione della legge sulla trasparenza, anche il cronico ritardo con cui le amministrazioni interessate hanno provveduto ad adottare i regolamenti attuativi previsti dagli artt.24 e 31 legge 241 (rammentiamo che ai sensi dell'art.31 della legge – oggi abrogato - le norme sul diritto di accesso ai documenti di cui al capo V avevano effetto dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui all'articolo 24) aveva spinto verso una configurazione sotto forma di interesse legittimo del diritto di accesso, non apparendo concepibile che un diritto soggettivo potesse essere frustrato nella sua operatività e piena esplicazione dalla inerzia e trascuratezza degli apparati pubblici.

<sup>53</sup> A. Sandulli dalla considerazione che “l'emanazione di provvedimenti di diniego parziale o di differimento presuppone necessariamente l'esercizio di potestà discrezionali” fa discendere per conseguenza “la natura di interesse legittimo dell'accesso ai documenti, poiché un privato non può che vantare tale situazione giuridica soggettiva nei confronti di una potestà dell'amministrazione”, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giorn. dir. amm., 1995, n.11, 1066. A sostegno della stessa conclusione, secondo tale Autore milita – tra l'altro – anche il fatto che il conflitto tra accesso e riservatezza viene risolto sempre attraverso “una composizione bilanciata, frutto di una valutazione

dimostrerebbero che in verità non ci si trova di fronte, nel tessuto della legge, ad un diritto soggettivo, ma ad un diritto civico, tutelato alla stregua di un interesse legittimo. “Si tratta, pertanto, di una posizione soggettiva la cui piena esplicazione è subordinata ad una valutazione discrezionale della p.a.: e ciò corrisponde al modello dell’interesse legittimo”<sup>54</sup>.

Nell’alternativa astratta tra diritto di accesso come diritto soggettivo a sé stante, riconosciuto solo per la soddisfazione degli interessi e delle prerogative del suo titolare, il privato cittadino, e diritto di accesso come situazione giuridica strumentale rispetto all’interesse pubblico, che riceve tutela in quanto in linea e in stretta correlazione con il soddisfacimento dei superiori principi di imparzialità e trasparenza, la legge 241 avrebbe quindi prescelto quest’ultima soluzione, non riconoscendo al diritto di accesso natura di vero e proprio diritto soggettivo, slegato da ogni finalità di natura pubblica.

Secondo questa lettura, pertanto, l’uso del termine “diritto” con riferimento all’accesso ai documenti nell’art.22 non ha un significato tecnico, ma trattasi di espressione adoperata in senso generico, come spesso accade nella legislazione ordinaria e nella stessa Costituzione. Il Legislatore, quindi, parlando di “diritto di accesso” non avrebbe inteso far riferimento al riconoscimento in capo al titolare dell’accesso di un vero e proprio diritto soggettivo, bensì adoperare una locuzione atecnica, suscettibile di ricomprendere sia diritti sia interessi legittimi. Ciò, del resto, sarebbe comprovato dal mancato riferimento nella legge n.241 del 1990, in relazione allo speciale ricorso accelerato previsto dall’art.25 in tema di accesso, della attribuzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come sarebbe stato invece necessario qualora si fosse trattato di una ipotesi di giurisdizione sui diritti<sup>55</sup>.

---

degli interessi che, pur tenendo conto dei regolamenti attuativi” rappresenta l’espressione di una scelta discrezionale, *op. cit.*, 1065.

<sup>54</sup> G. Morbidelli, ‘*Il procedimento amministrativo*’, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, III ed., 2001, 1348, a cui si deve anche la precisazione in termini di diritto civico. In senso conforme E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2002, 393.

<sup>55</sup> Come vedremo, su questo punto la situazione è cambiata per effetto della legge n.80 del 2005.

Difatti “laddove ha voluto, il legislatore ha previsto espressamente la giurisdizione esclusiva del plesso Tar -Consiglio di Stato (cfr. l’art.11, 5° comma, 1.241/1990, in materia di accordi), né mancano ragioni a supporto della configurazione del giudizio sul diritto di accesso alla stregua di processo di impugnazione tipico della giurisdizione di legittimità a tutela degli interessi legittimi”<sup>56</sup>. Inoltre la previsione di un termine decadenziale per ricorrere avverso le determinazioni dell’amministrazione in tema di accesso, ex art. 25, comma 5, 1.241, viene considerata coerente con la configurazione del rito accelerato in termini di ordinario giudizio di legittimità.

Anche l’analisi del versante processuale, quindi, secondo questo orientamento, depono a favore della lettura del diritto di accesso come avente natura di interesse legittimo.

## 2.2 La tesi a favore della natura di diritto soggettivo

La maggior parte degli Autori<sup>57</sup> e buona parte della giurisprudenza si è invece schierata a sostegno della configurazione dell’accesso ai documenti come vero e proprio diritto soggettivo.

E questo in base essenzialmente ad un triplice ordine di considerazioni.

In primo luogo si valorizza il riferimento letterale presente nella legge al *diritto di accesso* riconosciuto a chiunque per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, considerando non di ostacolo a tale soluzione la ulteriore previsione della

---

<sup>56</sup> Così M. Occhiena, nella nota di commento a Consiglio di Stato 27 maggio 2003 n.2938, in Foro It., n.10, ottobre 2004, 511.

<sup>57</sup> In dottrina si sono espressi per la tesi secondo cui si tratterebbe di un diritto soggettivo F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, 2001, 1568 ; F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in Dir. proc. amm., 1994, 262 ; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in Enc. giur. Treccani, vol. XXXI, 1995, 2 ; M.Occhiena, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy (il diritto di accesso e la riforma dell’organizzazione della p.a.)*, Dir. proc. amm., giugno 1998, n.2, 392 ; C.E.Gallo - S. Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, in Digesto discipline pubblicistiche, Aggiornamento 2000, 6 ; L.Ieva, *Il diritto di accesso agli atti privatistici dei gestori di servizi pubblici*, Foro amm.-CdS, 2002, n.3, 720 ; A. Simonati, *La tutela del diritto di accesso*, in Giorn. dir. amm., 2003, n.12, 1275 ; S. Giacchetti, *Accesso e riservatezza : separati in casa*, in Rassegna Cons. Stato, n.2, febbraio 2004, 464.

sua attinenza con i principi di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, che non sarebbero in grado di ribaltare e contraddire la sua natura di diritto soggettivo<sup>58</sup>.

Secondo questa prospettiva, inoltre, la verifica che la Pubblica amministrazione è chiamata a svolgere di fronte ad una richiesta di accesso ai documenti amministrativi non presuppone una valutazione propriamente discrezionale<sup>59</sup>, suscettibile di orientarsi diversamente a seconda degli interessi avuti di mira dalla PA nel caso concreto, ma si concretizza in un mero raffronto di corrispondenza tra i requisiti alla base della richiesta e quelli previsti per legge, senza che ad essi si sovrapponga l'autonomo apprezzamento del soggetto pubblico<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> “Non può neanche condividersi che il diritto di accesso sia attribuito ai singoli interessati – ai sensi del citato art.22, comma 1, della legge n.241 – ‘al fine di assicurare la trasparenza dell’azione amministrativa e di favorirne lo svolgimento’. Occorre infatti distinguere tra diritto d’accesso *come istituto generale*, che risponde nel suo complesso alle indicate finalità (così come, del resto, qualsiasi istituto giuridico risponde a finalità di pubblico interesse), e diritto d’accesso *come situazione soggettiva personale*, che ai sensi dell’articolo stesso ‘è riconosciuto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti’. Se anche il diritto d’accesso come situazione soggettiva rispondesse effettivamente al fine citato, dovrebbe essere contraddistinto dal carattere della doverosità, e costituire quindi assieme un diritto e un dovere, ma di ciò non v’è alcuna traccia nell’ordinamento” : così la pronuncia n.2938 del 27 maggio 2003 della VI sezione del Consiglio di Stato, cui si deve una approfondita disamina delle ragioni alla base delle opposte posizioni circa la natura del diritto di accesso e la decisa adesione alla tesi del diritto soggettivo. Vedila in Giorn. dir. amm., 2003, n.12, 1275.

<sup>59</sup> Consiglio di Stato, IV sez., 9 ottobre 1997 n.1128: “In base alla legge 7 agosto 1990 n.241, che ha disciplinato i rapporti tra la pubblica amministrazione ed i cittadini assicurando la trasparenza dell’attività amministrativa, la pretesa del richiedente all’accesso ai documenti è qualificata come diritto soggettivo e di fronte a tale diritto l’amministrazione è tenuta al rifiuto soltanto nei casi tassativamente previsti, non residuando in capo ad essa alcun margine discrezionale di apprezzamento”, in *L’accesso ai documenti amministrativi*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1988, n.3, 175.

<sup>60</sup> Secondo la sentenza n.2938/2003, *cit.*, “d’altra parte l’eventuale preminenza delle ragioni di chi abbia chiesto l’accesso rispetto a quelle riscontrate nel diniego o alle esigenze di riservatezza del terzo cui si riferiscono i documenti è frutto di una valutazione che è compiuta direttamente dall’ordinamento e non dall’amministrazione ; sicchè dalle determinazioni adottate dall’amministrazione in ordine alle domande di accesso esula qualsiasi elemento di discrezionalità in senso proprio, e cioè nel senso di opportunità, potendo al più ipotizzarsi solo ristretti margini di discrezionalità tecnica, sottoposta al rigoroso vaglio del giudice amministrativo, e relativa sia alla circostanza che il documento concreto al quale si chiede di accedere rientri o meno nelle categorie astratte che la legge dichiara accessibili, sia alla circostanza che esista la posizione legittimante costituita dalla necessità di ‘tutela di situazioni giuridicamente rilevanti’, quest’ultima peraltro negli stretti limiti precisati al successivo punto 5.1”. *Contra* S. Cimini : “A ben vedere, però, nonostante il *nomen iuris* utilizzato dal legislatore, anche in tali casi residua un’opera di mediazione in capo al soggetto pubblico, il quale deve previamente valutare la posizione giuridica del richiedente prima di consentire l’accesso agli atti”. E ancora : “Di guisa che, non può sostenersi che l’accesso derivi direttamente dalla legge, in quanto è comunque necessaria l’intermediazione del soggetto pubblico

Pertanto il riscontro operato dalla pubblica amministrazione “si limita alla sola verifica della situazione legittimante ed all’accertamento circa la non ricorrenza di ostacoli tassativi, senza che l’esibizione possa essere rifiutata sulla base di pure valutazioni di opportunità, mentre il potere di differimento non inciderebbe sull’esistenza o sul contenuto del diritto, ma soltanto sulle modalità di esercizio del medesimo”<sup>61</sup>.

Alla obiezione secondo cui l’attribuzione di diritti soggettivi alla giurisdizione del giudice amministrativo (art.25 l.241) costituirebbe una eccezione alla regola generale, sancita dall’art.24 della Costituzione, e richiederebbe quindi una esplicita indicazione legislativa, l’orientamento in esame controbatte che a seguito del nuovo quadro normativo disegnato dalla legge n.205 del 2000 – e alla massiccia attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di vaste materie<sup>62</sup> – questo non corrisponde più alla realtà, e “non occorre pertanto che la legge attesti espressamente che la materia rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo...occorrendo soltanto che sussistano i presupposti per il riconoscimento di una tale situazione giuridica soggettiva, quale l’essere tutelata in via diretta per il soddisfacimento di un interesse concreto del titolare, non sottoposto ad alcuna valutazione autoritativa o comunque discrezionale dell’amministrazione, ed indipendentemente dal soddisfacimento dell’interesse generale”<sup>63</sup>.

Mentre riguardo l’ostacolo costituito dalla sussistenza di un termine di decadenza per ricorrere avverso il rifiuto di accesso ( o l’inerzia), secondo i dettami dell’art.25 l.241, si assiste ad una divaricazione tra chi afferma che “nell’ordinamento giuridico non mancano casi in cui la tutela giurisdizionale di un diritto soggettivo viene sottoposta, per motivi di certezza, ad uno sbarramento decadenziale che non è certo in grado di modificare la natura sostanziale della

---

che esercita in quel momento pur sempre un potere, anche se non ha possibilità di scelta in ordine al suo contenuto”, in *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, cit., 22-23.

<sup>61</sup> Citazione tratta da M.A. Sandulli, *Accesso ai documenti amministrativi*, cit., 12.

<sup>62</sup> L’argomentazione in questione, e la decisione del Consiglio di Stato citata nel testo, sono antecedenti alla sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n.204 (che può essere letta in Guida al diritto, 2004, n.29, 88).

<sup>63</sup> Così il Consiglio di Stato, n.2938/2003, *op. cit.*, 1277.

posizione”<sup>64</sup>, e chi ritiene che nel caso di specie non di termine decadenziale vero e proprio si tratti, potendo l’interessato riproporre nuovamente l’istanza e impugnare l’eventuale rinnovato diniego di accesso.

Da ultimo si valorizza il riferimento contenuto nel comma 6 dell’art.25 della legge sulla trasparenza, laddove all’esito dell’accoglimento del ricorso in materia di accesso si stabilisce che il giudice ordina alla pubblica amministrazione l’esibizione dei documenti richiesti. La previsione nella legge di un ordine di un *facere* in capo al soggetto pubblico – si sostiene – mal si concilia con la costruzione del giudizio in termini di impugnazione di un atto, ma sta ad indicare che tramite l’art.25 il Legislatore ha inteso introdurre una ipotesi di giurisdizione sui diritti, di accertamento sostanziale della spettanza della pretesa<sup>65</sup>.

“Nell’impianto normativo di cui all’art.22 e ss. L.7 agosto 1990 n.241, il diritto di accesso ai documenti amministrativi si configura come autonomo diritto soggettivo all’informazione, con la conseguenza che l’azione per il giudizio di cui all’articolo 25, comma 5 della legge *cit.* va ritenuta non come demolitoria di atti amministrativi, bensì di accertamento del diritto fatto valere dal privato e di condanna dell’amministrazione ; inoltre, in mancanza di specifica norma processuale, il relativo accertamento, affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, segue le regole proprie delle controversie sui diritti soggettivi, anche sotto il profilo processuale”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Così F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo, cit.*, 1568.

<sup>65</sup> “Per quanto attiene al diritto di accesso, siamo al di fuori dell’interesse legittimo, poiché il giudizio che si instaura con il ricorso ex art.25 l. 241/1990 non mira all’annullamento della determinazione amministrativa riguardante il diritto di accesso, bensì si conclude con un vero e proprio ordine del giudice all’amministrazione di esibire o rilasciare copia del documento richiesto” : A. Scognamiglio, in *Il diritto di accesso nella disciplina della l. 7 agosto 1990 n.241 e il problema della legittimazione*, Riv. trim. dir. pubblico, 1996, 103, la quale peraltro ritiene non possa qualificarsi l’accesso nemmeno un vero e proprio diritto soggettivo. Secondo C.E. Gallo e S.Foà, invece, “la legge n.241 del 1990 è coerente nella qualificazione della posizione soggettiva di chi pretende di accedere agli atti della pubblica amministrazione come posizione di diritto, sia perché la definisce letteralmente come tale, sia perché non lascia all’amministrazione alcun potere discrezionale in ordine all’individuazione dei contorni del diritto, sia, infine, perché appresta una tutela giurisdizionale che ha come contenuto tipico, nell’ipotesi di accoglimento del ricorso, il riconoscimento concreto della utilità sperata. Sono tutti elementi, questi, che connotano la posizione di diritto soggettivo”, ne *Accesso agli atti amministrativi, op. cit.*, 5.

<sup>66</sup> Tar Marche, 20 novembre 1997 n.1181, in TAR, 1998, I, 225.

Configurazione dell'accesso come diritto soggettivo e lettura della relativa giurisdizione come esclusiva vanno quindi a braccetto secondo questa tesi, che pone in risalto la peculiarità del rito abbreviato disciplinato dall'art.25 L.241.

### 2.3 La soluzione a seguito delle leggi 15/2005 e 80/2005

Come accennato, sull'impianto originario della legge 241 del 1990, in precedenza inciso soltanto da minimi ritocchi<sup>67</sup>, si è abbattuto agli inizi del 2005 il duplice intervento riformatore del Parlamento, che dapprima con una legge organica – la l. 11 febbraio 2005 n.15 – giunta al termine di una lunghissima gestazione e più volte modificata nel corso del suo *iter* di approvazione, quindi con un intervento d'urgenza volto a fronteggiare la crisi economica del Paese con una serie di iniziative di liberalizzazione e di stimolo all'iniziativa imprenditoriale privata – il d.l. n.35/2005, come convertito dalla legge 14 maggio 2005 n.80 (cd decreto competitività) – ha profondamente trasformato la disciplina dettata dalla legge sul procedimento in tema di accesso ai documenti amministrativi.

La legge n.15 del 2005 ha totalmente riformulato gli articoli 22, 24, 25 (in parte) e 27 della legge n.241, lasciando immutati gli articoli 23, 26 e 28 della legge, e abrogando espressamente l'art.31.

La legge n.80 del 2005 – di conversione, con modifiche, del d.l. 14 marzo 2005 n.35 – ai fini che qui interessano, per il tramite del suo art.3, comma 6-*decies*, ha aggiunto il seguente periodo in fondo al quinto comma dell'art.25 della legge n.241: “*Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*”.

In che modo le modifiche intervenute possono incidere sulla *vexata quaestio* della natura giuridica dell'accesso? Ad una prima analisi alcune delle previsioni

---

<sup>67</sup> Ricordiamo, ad es., l'aggiunta di un comma 1-*bis* all'art. 11 in tema di accordi, introdotto dal d.l. 12 maggio 1995 n.163, e la sostituzione del termine *concessionari* con quello di *gestori* nell'art. 23 della legge – con riguardo all'ambito applicativo del diritto d'accesso – ad opera dell'art.4 l. 3 agosto 1999 n.265.

contenute nella novella si rivelano in grado di apportare argomenti a sostegno della tesi del diritto soggettivo.

In primo luogo il nuovo art.22, primo comma, della legge sul procedimento – adottando la tecnica redazionale oggi in voga, di anteporre un elenco di definizioni<sup>68</sup> a chiarimento della disciplina che segue – alla lettera *a*) afferma che per “diritto di accesso” si intende *il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi*.

Analoghi riferimenti al *diritto* di accesso sono contenuti nel comma 6 dell’art.22, nella rubrica e nel testo dell’art.23, nella rubrica e nel testo dell’art.24, nella rubrica e nei commi 1 e 5 dell’art.25, e infine nel comma 5 dell’art.27.

Pur se il rilievo non appare decisivo, potrebbe sostenersi che la conferma e il rafforzamento da parte del Legislatore del 2005 – certamente a conoscenza delle dispute dottrinali e giurisdizionali sul punto – nel tessuto della legge 241 del riferimento al *diritto di accesso* deponga implicitamente a favore della soluzione più forte, dato che è ragionevole ritenere che se il Parlamento avesse ritenuto di optare per la tesi dell’interesse legittimo avrebbe imposto indicazioni in tal senso.

In questa direzione muoverebbe anche la introduzione della formula “*il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia*”, al posto della precedente e più generica “è riconosciuto...il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge”<sup>69</sup>.

Di difficile lettura appare invece il riferimento contenuto nel secondo comma del nuovo art.22 all’aspetto funzionale e all’inquadramento generale del diritto di accesso, a causa della non perfetta tecnica legislativa adottata. Da un lato, infatti si afferma che il diritto di accesso “*attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorire la*

---

<sup>68</sup> Scrive V.Cerulli Irelli che “si tratta, invero, di definizioni con impatto normativo innovativo (cioè di norme sostanziali)”, in *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n.241/90*, ‘www.giustamm.it’. Come abbiamo visto, già nel decreto legislativo n.39/1997, sulle informazioni in materia ambientale, era adottata la tecnica definitoria.

<sup>69</sup> In questo senso si esprime S. Mazzamuto, in *Entrata in vigore solo dopo il regolamento*, in sede di commento alle novità della legge 15 in tema di accesso, su Guida al diritto, n.10, marzo 2005, 84, concludendo con l’affermazione “In definitiva, la formula ora adoperata dalla legge sembra risolvere la questione nel senso della qualificazione del diritto di accesso come diritto soggettivo perfetto”.

*partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza", dall'altro è detto che esso "ottiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art.117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Resta ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire ulteriori livelli di tutela".*

In verità, infatti, come è stato notato<sup>70</sup>, l'accesso ai documenti, più che un principio generale, rappresenta un istituto positivo, esso si esprime ed esempio massimo del principio di trasparenza e di pubblicità dell'azione amministrativa. Si può affermare quindi che con questa espressione un po' enfatica – "principio generale dell'attività amministrativa" – il Legislatore abbia voluto riconoscere e ribadire il ruolo fondamentale che è venuto ad assurgere nell'ordinamento il diritto di accesso agli atti, sia in funzione delle garanzie democratiche riconosciute al cittadino nel nuovo rapporto paritario con la pubblica autorità, sia in collegamento con il perseguimento di obiettivi di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa<sup>71</sup>.

E' da ricordare, inoltre, che a seguito della legge n.15 del 2005 il criterio di trasparenza viene oggi ad essere espressamente inserito (nell'art.1, comma 1, l.241) tra i principi cardine dell'azione amministrativa, assieme a quelli di economicità, efficacia e pubblicità<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Da A.Sandulli : "Il diritto di accesso, più che un principio generale, è il principale strumento di esplicazione di due principi generali dell'azione amministrativa, espressamente menzionati dalla nuova formulazione dell'art.1, co. 1 : i principi di pubblicità e trasparenza (ma la trasparenza è un principio o un valore dell'ordinamento?)", in *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giorn. dir. amm., 2005, n.5, 495.

<sup>71</sup> E' chiaro, infatti, che attraverso il diritto di accesso il cittadino è messo in condizione di penetrare l'azione amministrativa, acquisendo delle informazioni e delle conoscenze che gli permettono di controbilanciare la sua fisiologica situazione di inferiorità rispetto alla pubblica amministrazione, e di orientare al meglio la sua azione, sia a fini collaborativi, sia a fini di reazione avverso provvedimenti ritenuti illegittimi. Allo stesso tempo, attraverso l'esercizio del diritto di accesso, è lo stesso apparato amministrativo a doversi trasformare, aprendosi alle istanze dei privati, agendo in maniera trasparente e abbandonando schemi basati sul segreto e sulla imperscrutabilità delle decisioni e dei procedimenti. In questo senso una amministrazione più trasparente finisce per essere una amministrazione più efficiente ed efficace, in quanto la possibilità di essere chiamati a mettere a nudo e svelare la (bontà della) propria azione stimola nella P.A. processi virtuosi, una maggiore ricerca dell'agire correttamente e secondo legge e il ripudio di metodi lassisti e improduttivi.

<sup>72</sup> Scrive V.Cerulli Irelli che "in realtà, questo criterio, che significa conoscibilità esterna dell'azione amministrativa, e quindi controllabilità, e accessibilità agli atti e ai documenti del procedimento, era già pacificamente ritenuto sussistente nel nostro sistema legislativo quale conformato dalla legge

Su un altro versante, l'accostamento con i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che spetta allo Stato garantire su tutto il territorio nazionale, oltre a prendere atto della natura di diritto civile e sociale del diritto di accesso, mira a salvaguardare la potestà di intervento della legislazione statale in materia, definendo un *minimum* di disciplina intangibile, che può essere incisa dalla normativa regionale e degli enti locali soltanto in *melius*, con interventi più garantistici rivolti al cittadino.

Questo perché, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, si era posta l'esigenza di individuare un più solido ancoraggio per la disciplina statale del procedimento amministrativo, dato che nessuna delle disposizioni del secondo comma del nuovo art.117 della Costituzione la attribuiva espressamente alla competenza esclusiva dello Stato.

La soluzione trovata è consistita, appunto, nel far rientrare la disciplina dell'accesso tra i livelli essenziali delle prestazioni attinenti ai diritti civili e sociali che, per esigenze di parità di trattamento e di uguaglianza, devono essere garantiti in maniera uniforme, nel loro nocciolo duro, su tutto il territorio nazionale<sup>73</sup>.

Nell'ambito della individuazione della natura giuridica dell'accesso però il riferimento alle sue rilevanti finalità di pubblico interesse e al fine di "assicurare l'imparzialità e la trasparenza" dell'azione amministrativa potrebbe spingere a dare nuova linfa alla tesi della funzionalizzazione del diritto di accesso al perseguimento di fini pubblicistici, e quindi deporre a favore della sua natura di interesse legittimo.

In verità, come accennato, sembra soltanto che il Legislatore – con una espressione un po' contorta - abbia solamente inteso proclamare il carattere fondamentale del diritto di accesso come prerogativa democratica e di garanzia del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa, che non può essere per regola

---

n.241/90. Non a caso, essa veniva e viene denominata, nel linguaggio comune, legge sulla trasparenza", in *Osservazioni generali...*, cit., 1.

<sup>73</sup> Secondo A.Sandulli "l'inquadramento dell'accesso ai documenti nei livelli essenziali delle prestazioni valorizza opportunamente la visione dell'attività amministrativa quale servizio reso al cittadino, nel rispetto di forme e modalità che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale. Si è parlato, in proposito, di rapporti di 'utenza procedimentale' ", *L'accesso ai documenti...*, 2005, op. cit..

disconosciuta, oltre che come strumento atto a permettere il raggiungimento di obiettivi di imparzialità e buona amministrazione<sup>74</sup>.

Mentre la riconduzione dell'accesso ai documenti tra i "diritti civili e sociali" potrebbe essere letta come riaffermazione piena del suo carattere di diritto soggettivo, valorizzando quindi al massimo grado l'argomento letterale.

In realtà, però, l'inserimento *expressis verbis* del diritto di accesso tra i diritti civili e sociali<sup>75</sup> che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale risulta essere stato imposto dal fine di assicurarne la tenuta e la coerenza rispetto ai differenti livelli di governo, in un'ottica attenta alla problematica delle competenze legislative costituzionalmente stabilite, anziché allo scopo precipuo di consolidarne o ribadirne la natura di vero e proprio diritto soggettivo<sup>76</sup>.

Sembra quindi si debba onestamente riconoscere che per questa parte le innovazioni arrecate alla disciplina dell'accesso non possiedono una valenza e una forza tale da dirimere una volta per tutte e definitivamente la *querelle* circa la qualificazione di tale situazione giuridica soggettiva<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> "Attraverso il diritto di accesso ai documenti il legislatore ha voluto, pertanto, assicurare alcune garanzie fondamentali al cittadino nel rapporto con la pubblica amministrazione. E' indubbio, infatti, che esso rappresenta una specificazione del più ampio diritto all'informazione, il quale trova fondamento nella nostra Costituzione in quelle norme che garantiscono il pieno sviluppo della persona umana (art.2), l'uguaglianza fra i cittadini (art.3), la sovranità popolare (art.1), la partecipazione all'organizzazione del Paese (art.3, comma 2), e risponde al precetto, proprio dello Stato di diritto, di pubblicità dell'azione degli organi titolari di potestà pubbliche. Nell'intento del legislatore del 1990, il diritto di accesso è altresì finalizzato a garantire una più efficiente, efficace ed imparziale attività amministrativa": così T. Miele, in *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso...*, cit., 181.

<sup>75</sup> Senza contare che, come rileva C.E. Gallo (in *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della nuova Costituzione*, 'www.giustamm.it'), "l'art.117, secondo comma, lettera m) della Costituzione non distingue tra diritto soggettivo e interesse legittimo laddove fa riferimento in genere ai diritti civili e sociali", richiamato da S. Cimini nel suo commento citato.

<sup>76</sup> Tanto è vero, ad esempio, che pur dopo le modifiche operate dalla legge n.15 del 2005 c'è chi sostiene in dottrina che "è evidente come non vi possano essere dubbi sulla sussistenza di un potere in capo alla p.a. in tutti i casi in cui essa è chiamata a far accedere un terzo alla documentazione amministrativa in suo possesso e, dunque, sulla conseguente configurabilità di un interesse legittimo anche in capo al ricorrente che chieda all'amministrazione di accedere ad un documento contenente dati personali comuni e la cui conoscenza sia necessaria per tutelare un proprio interesse giuridico": S. Cimini, *Diritto di accesso e riservatezza...*, op. cit., 23.

<sup>77</sup> Non la pensa così M.T. Sempreviva che, seppure succintamente, esprime l'opinione che la legge n.15 abbia risolto la problematica, a favore della tesi del diritto soggettivo (in *Le novità in materia di accesso ai documenti amministrativi*, Urb. e appalti, 2005, n.4, 398). Come detto nel testo, sembra in verità più corretto ritenere che le innovazioni fin qui apportate si rivelino ambivalenti e quindi neutre rispetto alla soluzione della questione.

Maggiore pregnanza sembra invece doversi riconoscere alla innovazione in tema di accesso dettata dalla legge n.80 del 2005.

La definitiva ed esplicita attribuzione delle controversie in tema di accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, oltre a consentire al giudice dell'accesso l'utilizzo degli strumenti processuali offerti dalla giurisdizione esclusiva, dovrebbe far concludere per il riconoscimento della natura di diritto soggettivo dell'accesso agli atti. Una volta che per legge viene esplicitamente inquadrato il diritto di accesso nella giurisdizione sui diritti, infatti, vengono a cadere quelle argomentazioni che sostenevano che l'art.25 l.241 prevedesse una ipotesi di giurisdizione ordinaria di legittimità, al fine di negare all'accesso la natura di diritto.

In questo caso, pertanto, la modifica legislativa pare effettivamente essere in grado di deporre a favore di una delle due soluzioni, portando acqua alla tesi del diritto soggettivo.

Pur se larga parte della dottrina e della giurisprudenza era già orientata a riconoscere carattere di esclusività alla giurisdizione sull'accesso ai documenti, la definitiva proclamazione ad opera del legislatore ordinario che il rito speciale accelerato *ex art.25* involge diritti ed interessi pare infatti sortire tra i principali effetti proprio quello di accordare per logica conseguenza natura di diritto soggettivo al diritto di accesso.

Visto nell'ambito della complessiva impostazione che sorregge l'approvazione del cd decreto competitività, del cui disegno riformare la disposizione in esame fa parte, la *ratio* e l'obiettivo della modifica sembra inoltre essere proprio quella di accordare la più ampia tutela alle ragioni del cittadino nei confronti dell'amministrazione – in uno con lo spirito di liberalizzazione e volano all'iniziativa economica privata di cui tutto l'intervento d'urgenza in questione è permeato – di modo che appare coerente con questa impostazione ritenere (questa volta sì) che il Legislatore abbia voluto riconoscere al cittadino la tutela giurisdizionale più ampia di fronte al giudice amministrativo, quella che si addice alla cura dei diritti soggettivi<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Quanto affermato non pare in contraddizione con le osservazioni svolte sul punto da L.Lamberti in *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 15/2005*, 'www.giustamm.it'. L'Autrice osserva : "Tale novità legislativa dovrebbe rappresentare la definitiva conferma, da parte

Deve comunque rilevarsi come risulti ostico dedurre la natura di una posizione giuridica sostanziale (in buona parte) attraverso il riferimento a una previsione di carattere processuale<sup>79</sup>, e come difficilmente si concili la qualificazione dell'accesso come diritto con il potere di valutazione discrezionale residuante in capo all'amministrazione e soprattutto con l'amplessima potestà regolamentare (senza sbarramenti temporali) attribuita al Governo dal comma 6 del nuovo art.24 l.241, al fine di introdurre nuovi casi di sottrazione di atti all'ostensione in una lunga serie di ipotesi più o meno determinate<sup>80</sup>.

Pare quindi di dover concludere che, come accaduto in passato, sarà l'interpretazione che delle nuove disposizioni darà la giurisprudenza a far pendere la bilancia verso una delle due soluzioni, diritto o interesse, dato che il Legislatore – come per altri aspetti della legge 241 – ha perso un'altra occasione per dire una parola definitiva in proposito.

---

del legislatore, dell'attribuzione all'accesso ai documenti della natura di diritto soggettivo. Il condizionale è indotto, però, dalla recente 'riscrittura', operata dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 204 del 2004, delle norme sulla giurisdizione esclusiva in considerazione del fatto che la pronuncia della Corte fonda sul presupposto teorico per il quale il legislatore ordinario può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purchè lo faccia con riguardo a materie che, in assenza di tale previsione, sarebbero pur sempre ascritte alla giurisdizione generale di legittimità in quanto vi opera la pubblica amministrazione -autorità. Seguendo quindi l'impostazione della Corte, l'attribuzione dell'accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dovrebbe condurre alla conclusione esattamente opposta." Pur sembrando tali considerazioni ineccepibili, pare di poter dire che – come spesso accade – il Legislatore si è mosso in un'ottica affatto diversa da quella disegnata dalla Corte Costituzionale, avendo perciò di mira la configurazione 'tradizionale' della giurisdizione esclusiva, anche perché questo pare l'unico modo per dar un senso e una spiegazione all'intervento legislativo. Si può quindi sostenere che l'art.3, comma 6 *decies*, della legge n.80/2005 non segue "l'impostazione della Corte Costituzionale" come espressa nella sentenza n.204 del 2004.

<sup>79</sup> Come ricorda M.Occhiena, seppure con riferimento al testo previgente, "dal punto di vista teorico, ciò pare capovolgere la relazione tra piano sostanziale e piano processuale: non sono le modalità della tutela processuale a caratterizzare la situazione giuridico-soggettiva che ne è oggetto, bensì è questa a condizionare le prime", nella nota di commento a Consiglio di Stato n.2938/2003, *op. cit.*, 511.

<sup>80</sup> Secondo L.Lamberti, "si rileva la difficoltà di conciliare, con la configurazione di un diritto soggettivo, l'attribuzione al Governo della possibilità di regolamentare – anche se fortemente limitata dalla tassatività delle ipotesi in cui è possibile escludere l'accesso – che implica l'esercizio di una discrezionalità dal quale può restare condizionata l'esistenza o meno del diritto (*an*)". La quale, peraltro, giunge più avanti a escludere nella nuova disciplina la presenza in capo alla P.A. di alcuna discrezionalità in sede di applicazione, per cui "le norme hanno un tale indice di definizione e talmente confinano l'attività discrezionale in ambiti necessari e temporalizzati, propri dell'attività vincolata, che la posizione giuridica degli interessati ne resta qualificata come di diritto soggettivo", *op. cit.*, 4.

### CAPITOLO III

## LA LEGITTIMAZIONE AD ACCEDERE AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

### 3.1 La nozione di situazioni giuridicamente rilevanti nell'originario testo della Legge 241

Nella originaria versione del primo comma dell'art.22 della legge n.241 il diritto di accesso era riconosciuto - al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale - “a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti”.

Si tratta, come noto, del cd accesso extraprocedimentale o conoscitivo, che si svolge al di fuori di un procedimento amministrativo in corso, ed è “strumentale esclusivamente all'acquisizione dell'informazione, la quale, soltanto in via eventuale, può tramutarsi in conoscenza volta alla salvaguardia di un interesse”<sup>81</sup>.

L'art.10 della legge - inserito nel Capo dedicato alla ‘Partecipazione al procedimento amministrativo’ e non modificato dalla novella - attribuisce invece il diritto di prendere visione degli atti del procedimento ai soggetti di cui agli articoli 7 e 9, ovvero a tutti i soggetti legittimati a intervenire nel procedimento.

Il Regolamento governativo di attuazione della legge 241/1990<sup>82</sup> - DPR n.352/1992<sup>83</sup> - prevedeva inoltre che l'interesse alla base della richiesta dovesse essere “personale e concreto”.

La scienza giuridica ha lungamente discusso circa la esatta individuazione dei soggetti legittimati ad accedere alla documentazione amministrativa.

---

<sup>81</sup> Così A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), *op. cit.*, 1157.

<sup>82</sup> Ancora formalmente in vigore, in attesa della sua sostituzione prevista dal nuovo art.33, secondo comma, l.241, per adeguarne le disposizioni alle modifiche introdotte dalla legge n.15 del 2005.

<sup>83</sup> DPR 27 giugno 1992 n.352 (“Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241”), in G.U. n.352 del 29 luglio 1992.

Mentre il diritto di visione di cui all'articolo 10 della legge non ha suscitato particolari problemi, essendone la titolarità ben individuata o individuabile<sup>84</sup>, non altrettanto può dirsi con riguardo alle situazioni giuridicamente rilevanti che devono sussistere alla base della richiesta di accesso *ex art.22 l. 241* per poterla legittimamente fondare.

Dottrina e giurisprudenza si sono infatti a lungo interrogate sul significato di questa anodina espressione, dividendosi sulle posizioni giuridiche suscettibili di essere considerate in essa ricomprese. In primo luogo è stato ritenuto pacifico che il riconoscimento del diritto di accesso “a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti” valesse ad escludere dal suo ambito applicativo il *quisque de populo*, il cittadino qualunque, e questo a differenza dell'originario progetto di legge predisposto dalla Commissione Nigro, che assegnava il diritto di accesso “a tutti i cittadini”<sup>85</sup>.

La giurisprudenza ha quindi costantemente negato che tramite l'art.22 il Legislatore abbia inteso costruire una sorta di azione popolare, atta a consentire ai cittadini un controllo generalizzato sulla pubblica amministrazione e sulla correttezza della sua azione<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> “In relazione all'accesso partecipativo, la risposta al quesito non comporta dubbi, risultando titolari di tale forma di conoscenza dell'azione gli interventori necessari e volontari individuati dagli art. 7 e 9 l. proc.”: A. Sandulli, in *Il procedimento amministrativo*, cit., 1157.

<sup>85</sup> Secondo F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva, “A ben vedere, la scelta della restrizione soggettiva, operata dal legislatore, trova la sua *ratio* in motivi di ordine pratico, riconducibili al rischio che il riconoscimento a chiunque della facoltà di proporre istanza di accesso avrebbe comportato una mole di lavoro tale da provocare consequenziali difficoltà organizzative da parte dell'amministrazione”, in *L'accesso ai documenti amministrativi – profili sostanziali e processuali*, Milano, II ed., 2003, 59.

<sup>86</sup> “Il diritto di accesso ai documenti amministrativi, previsto dall'art.22 della legge 7 agosto 1990 n.241, non è uno strumento di controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione, in quanto serve precipuamente a soddisfare una posizione giuridicamente protetta, nel senso che la conoscenza dei documenti richiesti deve essere necessaria per curare e difendere i propri interessi”: Cons. Stato, VI sez., 29 luglio 2004 n.5362, in CdS, 2004, n.7-8, 1615 ; “Il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione non può essere trasformato in uno strumento di ‘ispezione popolare’ sull'efficienza di un servizio pubblico, in quanto, ai sensi dell'art.22 della legge 7 agosto 1990 n.241, per esercitare tale diritto occorre una situazione giuridicamente legittimante, la quale, anche se non deve necessariamente assumere la consistenza di diritto soggettivo o di interesse legittimo, deve però essere giuridicamente tutelata, non potendosi identificare con il generico e indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa” : Tar Calabria, Reggio Calabria, 6 febbraio 2004 n.87, in TAR, 2004, n.4, 1588.

Tra le “situazioni giuridicamente rilevanti” che legittimano l’accesso sono stati quindi per regola ricompresi i diritti soggettivi, gli interessi legittimi e, seppure con qualche esitazione<sup>87</sup>, gli interessi diffusi.

La necessaria presenza di una situazione di base differenziata e qualificata (chi vi abbia “interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti”) vale infatti senz’altro ad escludere la titolarità del diritto di accesso ai portatori di interesse di mero fatto, privi di rilievo giuridico.

Allo stesso tempo, però, non deve cadersi nell’errore di considerare l’accesso ai documenti una posizione corrispondente alla legittimazione ad agire in giudizio, ritenendo che siano legittimati a richiedere l’ostensione degli atti solo coloro che per legge sono abilitati a ricorrere in sede giurisdizionale: la giurisprudenza da tempo ha chiarito che diritto di accesso e legittimazione a ricorrere possiedono ambiti di efficacia e operatività distinti, in quanto diversi e non sussumibili sono gli scopi e le finalità per i quali sono accordati<sup>88</sup>.

Questo perché l’interesse alla base della istanza di accesso riceve dall’ordinamento riconoscimento come bene della vita autonomo, meritevole di protezione differenziata, senza confondersi e sovrapporsi con gli interessi e le esigenze che fondano la legittimazione a ricorrere<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> G. Morbidelli, ad es., afferma : “Come pure non ha *tout court* diritto all’accesso il portatore di interessi diffusi e ciò in coerenza con la previsione del DPR n.352/1992, che estende le norme sull’accesso ai portatori di interessi diffusi ‘in quanto compatibili’ ”, in AA.VV., Diritto amministrativo, Bologna, 2001, tomo II, 1342.

<sup>88</sup> Cons. Stato, IV sez., 3 febbraio 1996 n.98 : “L’accesso ai documenti amministrativi, in quanto destinato a perseguire interessi generali più ampi della difesa in giudizio, si presenta indipendente dalla tutela giurisdizionale di posizioni giuridiche concrete e, pertanto, può essere esercitato indipendentemente dal processo (sia esso già instaurato o da instaurare)”, in CdS, 1996, n.2, 133.

<sup>89</sup> “Ad avviso di chi scrive, non garantisce la quadratura del cerchio la possibilità, per il privato interessato al documento in vista della difesa di interessi di rilievo giuridico, di ottenere l’accesso in fase giudiziaria attraverso la stimolazione dell’intervento istruttorio dell’organo giudicante. Una risposta di tal natura si porrebbe in chiara antitesi con il disegno del legislatore del 1990 che vede nell’accesso un interesse sostanziale ad un bene della vita tutelabile in via autonoma rispetto all’eventuale fase giudiziaria. Senza ripercorrere l’evoluzione giurisprudenziale sul punto, è qui sufficiente ricordare che la valorizzazione della finalità democratico-partecipativa perseguita dalla normativa sull’accesso ha consentito, nonostante il residuo di taluni *dicta* di retroguardia, di sganciare la legittimazione all’accesso dalla necessaria sussistenza di un interesse tutelabile in sede processuale. Si è infatti ritenuto che la legittimazione ad accedere non sussista solo in caso di legittimazione ad impugnare il provvedimento finale, essendo il diritto di accesso sorretto, oltre che da una finalità di tutela anticipata individuale, anche da una funzione partecipativa e di controllo sulla trasparenza e sull’imparzialità dell’azione amministrativa. Non necessariamente, infatti, si è detto “la

Ne deriva la piena autonomia del diritto di accesso rispetto alla legittimazione ad impugnare il provvedimento finale, tanto è vero che la giurisprudenza prevalente ha riconosciuto all'interessato la possibilità di avanzare richiesta di accesso agli atti pur scaduti i termini per ricorrere<sup>90</sup>.

Questa presa di posizione aiuta a risolvere anche la questione della strumentalità o meno del diritto di accesso: occorre infatti chiarire se il diritto di accesso abbia natura autonoma e possa quindi ricevere soddisfazione di per sé, oppure se abbia una valenza soltanto in quanto strumentale e servente rispetto alla soddisfazione di altri interessi giuridicamente rilevanti<sup>91</sup>, di talché – in quest'ultimo caso – l'accesso agli atti è attivabile soltanto qualora la situazione finale non sia divenuta nel frattempo inoppugnabile e definitiva.

L'affermazione della possibilità di richiedere l'accesso alla documentazione pur scaduto il termine per impugnare conduce infatti logicamente a riconoscere la piena indipendenza ed autonomia del diritto di accesso, rispetto ad altre situazioni giuridiche degne di tutela.

Le ulteriori precisazioni contenute nell'art.2 del DPR 27 giugno 1992 n.352 conducono quindi ad affermare che – nel vigore del testo originale dell'art.22 della legge 241 – l'istanza volta alla ostensione degli atti deve fondarsi su un interesse personale e concreto, non emulativo e non basato su mera curiosità, e legittimato dal collegamento con un'esigenza di cura di situazioni giuridicamente rilevanti non limitata alla titolarità di una posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo,

---

posizione che legittima l'accesso deve possedere tutti i requisiti che legittimerebbero al ricorso al giudice amministrativo avverso un atto lesivo della posizione soggettiva vantata, e neppure, quindi, l'attualità dell'interesse ad agire per la tutela immediata della posizione sostanziale alla cui tutela è comunque, anche indirettamente, rivolta la domanda di accesso ai documenti amministrativi. E' invece sufficiente che l'istante sia titolare di una posizione giuridicamente rilevante e che il suo interesse alla richiesta si fondi su tale posizione'. Di qui la piena legittimità della richiesta di accesso anche in ipotesi di acquisibilità del documento agognato attraverso la via processuale": così F. Caringella, in *Riservatezza ed accesso ai documenti amministrativi a cavallo tra parametri costituzionali e oscillazioni legislative*, Foro It., 1997, n.11, 568.

<sup>90</sup> Tar Lazio, sez. II, 19 dicembre 1997 n.598, in TAR, 1998, 690.

<sup>91</sup> Secondo A.Romano Tassone "è vero che l'art.22 legge n.241/90 (e, ancor più chiaramente, l'art.2 DPR n.352/92) istituisce un rapporto di strumentalità tra diritto d'accesso e situazione soggettiva 'rilevante', ma tale rapporto, configurabile in termini di connessione funzionale (per usare il lessico di Guarino), è affatto generico, e suscettibile di molte letture", in *A chi serve il diritto d'accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella legge n.241/1990)*, cit., 322.

con esclusione degli interessi di fatto e di quelli privi di qualsivoglia riconoscimento giuridico.

### 3.2 La titolarità del diritto di accesso dopo la legge n.15 del 2005

Su questo quadro normativo di base è intervenuta la legge n.15 del 2005, che ha riscritto interamente la relativa disciplina.

Al posto dei titolari di situazioni giuridicamente rilevanti ora la lettera *b*) del primo comma del nuovo art.22 riferisce il diritto di accesso agli “interessati”, ovvero a *“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”*.

La nuova formulazione risulta indubbiamente più restrittiva della precedente<sup>92</sup>.

In primo luogo salta subito all’occhio la sostituzione del termine “chiunque” con l’espressione “tutti i soggetti privati”, che vale quanto meno ad escludere pianamente i soggetti pubblici dai possibili beneficiari del diritto di accesso in senso stretto (salvo quanto dispone il nuovo comma 5 dell’art.22). Ma è anche significativa la lunghezza della nuova formulazione, che ricorre a molteplici aggettivazioni per delimitare e quindi restringere l’area dei potenziali titolari del diritto alla conoscenza, rispetto alla precedente e più generica locuzione.

Per esigenze di chiarezza è possibile scomporre in tre segmenti l’insieme degli elementi che nel loro complesso attribuiscono oggi la titolarità del diritto di accesso, ai sensi della lettera *b*) dell’art.22 della nuova legge 241/1990, avuto riguardo alla natura del titolare, ai requisiti dell’interesse alla base della richiesta, al collegamento con una data situazione giuridica.

---

<sup>92</sup> Secondo V.Cerulli Irelli, la nuova norma “appare un po’ più restrittiva”, per affermare poi che essa “in realtà non fa che tradurre gli orientamenti della giurisprudenza, la quale più volte ha affermato, come è noto, che l’interesse giuridicamente rilevante tale da legittimare la richiesta di accesso ‘ debba essere concreto e personale, e cioè immediatamente riferibile al soggetto che pretende di conoscere i documenti e specificatamente inerente alla situazione da tutelare’ ”, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, ‘www.giustamm.it’.

Il primo tassello della nuova configurazione del diritto di accesso è dato dal suo requisito soggettivo : possono essere titolari del diritto di accedere, ai sensi dell'art.22, (solo) i soggetti privati, sia se – come è normale – siano “portatori” di interessi personali e ‘egoistici’, sia in quanto portatori di interessi pubblici o diffusi. Con quest’ultima espressione il Legislatore sembra aver tenuto in conto specialmente l’attività di quelle molteplici associazioni (ambientaliste, ma anche culturali, di tutela del consumatore, ecc.) che, pur rivestendo natura formalmente privata, hanno per scopo statutario o regolamentare la cura, la difesa e la promozione di interessi superindividuali quali quello all’ambiente, alla salubrità dell’aria e delle acque, alla tutela del patrimonio storico e artistico, di cui tanto spesso si sono dovuti occupare i tribunali proprio con riferimento ad istanze di ostensione degli atti amministrativi da questi soggetti promosse<sup>93</sup>.

La volutamente ampia dizione “soggetti privati” racchiude quindi sia i cittadini, singoli o associati, sia persone giuridiche, società ed enti di natura privatistica.

Mentre in precedenza, pertanto, l’inclusione tra le situazioni legittimanti l’accesso degli interessi cd diffusi era avvenuta attraverso l’operato non univoco della giurisprudenza, adesso è proprio il Legislatore a dare riconoscimento espreso a questo tipo di posizioni giuridiche, e di riflesso agli enti e agli organismi che ne sono portatori.

Per questa parte, allora, l’intervento riformatore può dirsi aver esteso l’area dei soggetti legittimati o comunque aver posto fine alle incertezze sulla loro legittimazione.

---

<sup>93</sup> “Il Codacons (Coordinamento delle associazioni per la difesa dell’ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori) è legittimato ad esercitare il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione in relazione ad interessi dei consumatori e degli utenti di pubblici servizi”: Tar Lazio, sez.III-ter, 15 giugno 2004 n.5707, in TAR, 2004, n.7-8, 2367. Il Consiglio di Stato, sez. V, 6 ottobre 2001 n.5291, invece, dopo aver affermato che le associazioni di consumatori possono esercitare il diritto di accesso nei confronti del soggetto chiamato ad offrire un servizio pubblico allo scopo di ottenere tutte le informazioni necessarie a verificare la portata lesiva di atti potenzialmente lesivi degli interessi dei consumatori, chiarisce che tuttavia il diritto di accesso, in queste ipotesi, non garantisce ai predetti soggetti un potere esplorativo, di vigilanza a tutto campo, volto ad esercitare un inammissibile controllo su irregolarità ipotetiche e del tutto indefinite, in *La settimana giur.*, n.40, 1-7 ottobre 2001, 750.

Il secondo tassello che concorre a comporre la situazione che legittima l'accesso agli atti è dato, nella formulazione della legge, dal necessario possesso di “*un interesse diretto, concreto e attuale*”.

Qui, come accennato, la legge n.15 pare senz'altro aver operato una correzione in senso restrittivo dell'area dei possibili legittimati<sup>94</sup>.

Come abbiamo visto, la necessità della sussistenza di un interesse “personale e concreto” era già stabilita dall'art.2 del DPR 352 del 1992, ma – a parte il fatto che prima tali requisiti erano contenuti in una fonte di rango secondario e ora si tratta di una legge ordinaria – adesso occorre interrogarsi sul significato dell'espressione *diretto e attuale*.

Mentre il termine ‘diretto’ appare un sinonimo di ‘personale’ e quindi starebbe ad intendere la sua riferibilità all'autore della istanza di accesso agli atti, ad esprimere l'esigenza che ogni domanda attenga specificamente ad interessi e aspettative proprie dell'interessato e non di terzi, meno agevole è la individuazione del corretto significato della parola ‘attuale’<sup>95</sup>.

Se infatti si affermasse l'interpretazione secondo cui attraverso il termine ‘attuale’ il Legislatore avesse inteso riconoscere legittimità alle sole istanze di accesso volte a curare un interesse attualmente esistente o attualmente minacciato e bisognoso di protezione<sup>96</sup>, si verificherebbe un sicuro regresso rispetto a quelle

---

<sup>94</sup> Secondo A. Sandulli, in tema di legittimazione ad accedere, nessun passo avanti è stato fatto in relazione all'originaria stesura, “anzi si è prodotto, forse, un arretramento, poiché, alla meno preclusiva locuzione <chiunque sia titolare di una situazione giuridicamente rilevante>, si è sostituita la più stringente formula <tutti i soggetti privati...che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso>”. La nuova formula – prosegue l'Autore – “sembra potenzialmente più restrittiva rispetto alla precedente, soprattutto in riferimento alla valutazione relativa alla concretezza ed all'attualità dell'interesse, ed alla sostituzione, in riferimento alla situazione giuridica, del termine ‘rilevante’ con il lemma ‘tutelata’, riproponendosi l'interrogativo (che sembrava ormai superato) se possa richiedersi l'accesso soltanto in presenza di una posizione sottesa corrispondente ad una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento”, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giorn. dir. amm., 2005, n.5.

<sup>95</sup> Secondo S. Cimini *attualità* vuol dire che l'interesse a visionare il documento “deve sussistere al momento della proposizione della istanza, e non può essere permesso l'accesso quando l'interesse o la lesione arrecata dal provvedimento che si chiede di conoscere sia futura”, *op. cit.*, 17.

<sup>96</sup> L.Lamberti sottolinea come nella nuova dizione della legge “compare il lessico tradizionalmente utilizzato per definire l'interesse a ricorrere. In particolare la nuova formulazione, per qualificare l'interesse all'accesso, oltre ai requisiti dell'essere personale, diretto e concreto, aggiunge anche

condivisibili posizioni che nel precedente regime riconoscevano il diritto di accesso anche per la soddisfazione di obiettivi ed esigenze meramente morali o indipendentemente dalla esistenza di una lesione in atto o potenziale dell'interesse stesso<sup>97</sup>. Deve invece ribadirsi che vanno "legittimati ad esercitare il diritto di accesso anche i soggetti titolari di posizioni di interesse non attuali, o almeno non rilevabili con immediatezza, ma che possano concretizzarsi e specificarsi proprio a seguito degli elementi di conoscenza acquisibili attraverso l'*iter* procedimentale all'uopo previsto dal legislatore"<sup>98</sup>. Il requisito dell'attualità andrebbe quindi più modestamente riferito alla possibilità attuale di tutela in senso ampio del bene della vita cui l'accesso è ricollegato<sup>99</sup>, senza precludere la possibilità di avanzare istanze di accesso "preventive" o volte alla cura e difesa di esigenze di carattere etico o personale, prive di immediati riflessi di ordine economico.

L'ultimo tassello del *puzzle* rappresentato dalla situazione legittimante l'accesso ai sensi della legge 15 del 2005, è costituito dall'essere l'interesse diretto, concreto e attuale incardinato in capo al soggetto privato "corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

---

quello della sua attualità completando, appunto, in tal modo, il paradigma dei requisiti qualificanti l'interesse a ricorrere", in *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi...*, *op. cit.*, 5.

<sup>97</sup> Cons. Stato, IV sez., 3 febbraio 1996 n.98 ("La legittimazione all'accesso ai documenti amministrativi è consentita a chiunque possa dimostrare che il provvedimento o gli atti procedurali abbiano dispiegato o siano idonei a dispiegare effetti diretti e indiretti anche nei suoi confronti, pertanto, il diritto di accesso può essere esercitato anche indipendentemente dall'esistenza di una lesione della posizione giuridica del richiedente, e, quindi, *a fortiori*, della sua attualità"), in CdS, 1996, n.2, 133 ; Consiglio di Stato, IV sez., 4 luglio 1996 n.820 ("L'ampia formulazione dell'art.22, comma 1, L. 7 agosto 1990 n.241 ('*chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*') impone all'interprete di ascrivere fra i titoli legittimanti all'esercizio del diritto (strumentale) di accesso anche posizioni di interesse non attuali (o almeno non rilevabili con immediatezza), ma che possano concretizzarsi e specificarsi proprio a seguito, ed in forza, degli elementi di conoscenza acquisibili attraverso l'*iter* procedimentale all'uopo previsto dal legislatore"), in CdS, 1996, n.7-8, 1096 ; Consiglio di Stato, sez. IV, 29 gennaio 1996 n.90 ("...il diritto di accesso può essere esercitato anche indipendentemente dall'esistenza di una lesione della posizione giuridica del richiedente e quindi, *a fortiori*, della sua attualità"), in CdS, 1996, n.1, 37 ; Consiglio di Stato, sez. IV, 14 gennaio 1999 n.32 ("il diritto di accesso ai documenti amministrativi...non richiede, per il suo esercizio, l'attualità di una lesione e quindi l'interesse ad agire"), in CdS, 1999, I, 24.

<sup>98</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 4 luglio 1996 n.820, in Giust. civ., 1997, I, 835.

<sup>99</sup> Uno spunto in questo senso, a quanto sembra, in V.Cerulli Irelli, *Osservazioni generali...*, *op. cit.*, : "Si tratta perciò di un interesse imputabile al soggetto e correlato alla tutela anche solo potenziale di sue situazioni soggettive".

Si ripropone qui la distinzione tra diritto di accesso e situazione giuridica che ne è alla base<sup>100</sup>, con l'ulteriore precisazione che questa volta la situazione legittimante è espressamente dalla legge ricollegata e intrecciata (non con l'informazione, ma) al documento amministrativo di cui è chiesta l'esibizione.

Il riferimento al necessario collegamento dell'interesse alla base della pretesa all'ostensione con “*una situazione giuridicamente tutelata*” e legata al documento cui si chiede di accedere sostituisce quindi la precedente, più stringata, espressione “*situazioni giuridicamente rilevanti*”.

Ora, a parte la sostituzione del termine “*tutelata*” a quello di “*rilevante*”, pare indubbio che la nuova formulazione – nel presupporre una più stretta correlazione tra la pretesa all'accesso, la situazione giuridica che tramite esso si intende soddisfare e il documento richiesto - amplia gli spazi di apprezzamento dell'autorità chiamata a pronunciarsi sulla richiesta di accesso e diminuisce gli spazi per una configurazione ampia del diritto alla trasparenza. E' evidente, infatti, che la nuova previsione, per avere un senso, sta ad indicare che sono aumentati i caratteri che devono essere valutati e tenuti presenti al fine di riconoscere la legittimazione ad accedere, dilatando così i margini di discrezionalità affidati alla pubblica amministrazione nello svolgimento del relativo giudizio.

Ne deriva che, poiché “sono stati introdotti nuovi elementi di valutazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, in ordine alla legittimazione all'accesso del richiedente”, bisogna concludere che il legislatore “sembra aver accentuato le aree di remissione della decisione relativa al bilanciamento tra i due interessi alla potestà discrezionale della pubblica amministrazione”<sup>101</sup>.

In questo quadro suona fuorviante l'affermazione di principio contenuta nel nuovo comma 3 dell'art.22 – ai sensi della quale “tutti i documenti amministrativi sono accessibili”, salvo quelli indicati dall'art.24 – in quanto dalla concreta

---

<sup>100</sup> “Va ribadito che altro è la situazione di base, e cioè la situazione legittimante l'accesso (costituita appunto da diritti soggettivi, interessi legittimi e interessi collettivi), altro è la qualificazione del cd ‘diritto’ di accesso, che può essere esercitato in quanto si sia appunto titolari della situazione legittimante” : E. Casetta, Manuale di diritto amministrativo, IV ed., 2002, 393.

<sup>101</sup> Così A. Sandulli, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, op. cit., 2005, dove i due interessi cui si fa riferimento nel testo per operare il bilanciamento sono quelli all'accesso e alla riservatezza.

configurazione delle condizioni legittimanti l'accesso emerge una compressione del relativo diritto, che troverà riconoscimento solo al superamento di una serie di esami di verifica della sua consistenza.

La non ponderata e coordinata stesura delle nuove disposizioni sembra essere confermata, d'altra parte, anche da un'altra previsione introdotta dalla legge n.15 del 2005.

Si intende fare riferimento alla nozione di pubblica amministrazione dettata, nel tessuto della legge, - singolarmente - con esclusivo riferimento alle finalità del Capo V della legge 241, quello dedicato all'*Accesso ai documenti amministrativi*.

Secondo l'art.22, comma primo, lettera e), della nuova legge, infatti, ai fini del diritto di accesso, per "pubblica amministrazione" devono intendersi tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

"Si recepisce, dunque, in una norma di legge quell'orientamento giurisprudenziale che, ai fini dell'accesso, equipara gli atti provenienti dai soggetti privati agli atti amministrativi, considerandoli però suscettibili di ostensione solo se ed in quanto utilizzati ai fini dell'attività amministrativa, ovverosia allorché abbiano avuto un'incidenza nelle determinazioni amministrative"<sup>102</sup>.

Nel momento in cui il Legislatore ha optato per una nozione allargata di pubblica amministrazione - in sintonia con le più recenti tendenze dell'ordinamento, volte a ricomprendere al suo interno anche l'attività svolta da soggetti privati per la cura di interessi pubblici - ampliando in questo modo l'area dei soggetti passivi del diritto di accesso, ha, invece, contraddittoriamente, - come visto - ristretto il perimetro dei potenziali soggetti attivi del diritto<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> S. Cimini, *Diritto di accesso e riservatezza : il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, cit., 18.

<sup>103</sup> *Rectius*, delle situazioni giuridiche e delle condizioni legittimanti l'accesso. Pare denoti un difetto di coordinamento e una sovrapposizione, inoltre, il fatto che il legislatore abbia introdotto "ai fini del presente capo" tale ampia nozione di pubblica amministrazione - qualora venga in rilievo come soggetto passivo della richiesta di ostensione - lasciando allo stesso tempo immutata la previsione e la definizione contenuta nell'art.23, e specificamente destinata a individuare i possibili destinatari dell'obbligo di trasparenza. Sembra evidente, infatti, che a fronte di una nozione allargata quale quella introdotta nella citata lettera e) del primo comma del nuovo art.22, la definizione contenuta nell'art.23 - indubbiamente più ristretta - sia destinata a rimanere in secondo piano, superata e quasi inutilizzabile. A conclusioni assai diverse sembra giungere M.A. Sandulli, che pur concordando sulla

Anche l'espresso riconoscimento operato dalla legge n.15 dell'inquadramento del diritto di accesso tra i livelli essenziali delle prestazioni che, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione, devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, non pare in sintonia con la stringente e circoscritta delimitazione della sua concreta operatività<sup>104</sup>.

Ne risulta un quadro conclusivo confuso, contrassegnato da spinte verso obiettivi e impostazioni diverse, che rendono difficile una ricostruzione unitaria dell'istituto e, quel che è peggio, la possibilità per il cittadino di esercitare i propri diritti con piena consapevolezza dei limiti connessi al loro esercizio.

Per questa parte, in conclusione, l'intervento operato per effetto della legge n.15 del 2005, più che introdurre certezze, ha determinato una serie di interrogativi e problemi interpretativi, che sarà compito della giurisprudenza tentare di risolvere.

### **3.3 L'acquisizione di documenti da parte di soggetti pubblici**

Il nuovo comma 5 dell'art.22 della legge n.241, come sostituito dalla legge 15 del 2005, dispone che l'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici - ove non rientrante nella previsione dell'articolo 43, comma 2, del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al DPR 28 dicembre 2000 n.445<sup>105</sup> - "si informa al principio di leale cooperazione istituzionale".

---

presenza di "analoghe incertezze del testo" riformato, afferma che "la novella legislativa delimita l'accesso, anche nei confronti dei soggetti pubblici, in termini oggettivi, *'all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario'*. Per un verso, quindi, il legislatore rinnega il percorso compiuto dalla giurisprudenza verso l'accesso agli atti di diritto privato delle pubbliche amministrazioni e, per l'altro, nega la garanzia della trasparenza alle attività disciplinate dal diritto regionale o locale", in *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere ed apparenti*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). In verità, ad una prima analisi, sembra invece che il riferimento alle *'attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale o comunitario'* debba correttamente intendersi nel testo della disposizione come riferito ai soli "soggetti di diritto privato".

<sup>104</sup> Secondo A.Travi "a questa affermazione di principio" – il rilievo dell'accesso ai fini dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali – "seguono però disposizioni che in taluni casi limitano il diritto di accesso rispetto alla disciplina del 1990", in *La legge n.15/2005 : verso un nuovo diritto amministrativo?*, Corr. Giur., 2005, n.4, 451.

<sup>105</sup> L'art.43, comma 2, DPR 445 *cit.*, concerne la consultazione diretta, da parte di una P.A. o di un gestore di pubblico servizio, degli archivi dell'amministrazione certificante, "finalizzata

Questa previsione rappresenta il necessario bilanciamento della mancata inclusione delle pubbliche amministrazioni o, comunque, degli organismi pubblici, nell'ambito della nozione di "interessati" all'accesso di cui alla lettera *b*) del primo comma del nuovo art.22.

"Letteralmente intesa", infatti, quella norma "parrebbe escludere la possibilità che dei soggetti pubblici possano formulare un'istanza di accesso a documenti amministrativi tenuti presso altre amministrazioni pubbliche"<sup>106</sup>, principio invece pacifico<sup>107</sup>.

Ecco che allora, nel momento in cui le pubbliche amministrazioni vengono escluse dalla nozione generale di soggetti attivi del diritto alla conoscenza, si rende necessario ritagliare per esse una modalità specifica di acquisizione dei documenti in possesso presso altri enti pubblici. E la soluzione escogitata, forse un po' ingenuamente<sup>108</sup>, è stata quella di affermare il ricorso – in un'ottica di collaborazione e reciproco sostegno tra pubblici poteri – al necessario rispetto del principio di leale collaborazione istituzionale, riecheggiante il principio costituzionale che, in base al secondo comma dell'art.120 della Cost., deve connotare l'esercizio dei poteri sostitutivi tra Governo ed enti territoriali.

Da notare che, a causa della accennata esclusione dei soggetti pubblici dalla nozione di soggetti interessati *ex art.22*, comma primo, lett. *b*), - a rigore – per le richieste di ostensione provenienti da pubbliche amministrazioni non rileva più la presenza di un interesse diretto e concreto, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata.

---

all'accertamento d'ufficio di stati, qualità e fatti ovvero al controllo sulle dichiarazioni sostitutive presentate dai cittadini". Il DPR 445/2000 è pubblicato in G.U., s.o., 20 febbraio 2001 n.42.

<sup>106</sup> Così S. Cimini, *op. cit.*, 18.

<sup>107</sup> Tar Lazio, sez.III, 21 marzo 2001 n.2223 : "Sebbene i rapporti tra Enti pubblici siano regolati da specifiche figure organizzative, che tengono conto anche delle rispettive esigenze di conoscenza degli atti, può configurarsi un diritto di accesso ai documenti amministrativi in capo ad un Ente che esprima bisogni collettivi di terzi, di cui esso è portatore, oppure valori o esigenze tendenzialmente confliggenti con quello della Pubblica amministrazione di cui si chiedono i documenti", in TAR, aprile 2001, n.4, 1198.

<sup>108</sup> Essa sembra infatti fare completo affidamento su una supposta – e in verità poco rispondente al vero – apertura delle amministrazioni alle istanze di trasparenza provenienti da altri enti pubblici.

Pare comunque evidente che il Legislatore abbia voluto tracciare un regime *ad hoc* per le esigenze di trasparenza promosse dalle pubbliche amministrazioni, separato e diverso da quello ordinario<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> Va rammentato che, ai sensi del nuovo art.3-*bis* l.241, le pubbliche amministrazioni “per conseguire maggiore efficienza nella loro attività” incentivano l’uso della telematica anche “tra le diverse amministrazioni”.

## CAPITOLO IV

### L'AMBITO APPLICATIVO DEL DIRITTO DI ACCESSO

#### 4.1 L'accesso all'attività di diritto privato della P.A.

Quello della esatta individuazione dell'ambito di applicazione del diritto di accesso è un altro dei temi che hanno agitato la dottrina e la giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi su ricorsi avverso dinieghi di accesso ad atti di soggetti formalmente privati ma svolgenti funzioni pubbliche, ovvero ad atti provenienti da una pubblica amministrazione, ma attinenti all'attività negoziale o privatistica della stessa.

Riguardo la questione dell'accessibilità degli atti e dei documenti relativi all'attività di diritto privato degli enti pubblici, la giurisprudenza amministrativa ha percorso tre direzioni.

In un primo tempo è prevalso un orientamento restrittivo, volto ad ammettere la possibilità di accedere agli atti amministrativi solo in quanto costituenti espressione di potestà o, comunque, di strumenti pubblicistici<sup>110</sup>.

E questo in base ad un triplice ordine di considerazioni. Da un lato, la *ratio* della legge sul procedimento – volta ad assicurare il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa – spingerebbe verso questa soluzione, dato che l'esigenza di garantire il rispetto dei criteri di correttezza, imparzialità e buon andamento può rettamente predicarsi solo con riferimento alle situazioni in cui l'amministrazione si comporta come autorità, o comunque fa uso di potestà pubblicistiche.

---

<sup>110</sup> Cons. Stato, sez. IV., 5 giugno 1995 n.412 (“Laddove e nei limiti in cui l'ente agisca con il diritto dei privati, senza godere di potestà particolari o di situazioni di supremazia, non è giustificabile alcuna intrusione attraverso il mezzo dell'accesso”), in *Giorn. dir. amm.*, 1995, n.11, 1061 ; Consiglio di Stato, VI sez., 10 febbraio 1996 n.184, in *CdS*, 1996, n.2, 269 ; Consiglio di Stato, VI sez., 1 marzo 1996 n.297, in *CdS*, 1996, n.3, 450 ; Consiglio di Stato, VI sez., 11 dicembre 1996 n.1734, in *CdS*, 1996, n.12, 1996. Secondo Antonio Romano Tassone “un'affermazione del genere” è “del tutto estranea alle previsioni della legge, il cui conclamato intento di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa *sans phrase* non pare consentire siffatte limitazioni”, in *A chi serve il diritto d'accesso?*, *op.cit.*, 327.

E' stato così affermato che “il diritto di accesso non è esercitabile nei confronti degli atti di diritto privato della pubblica amministrazione, in quanto si correla – a mò di contrappeso a favore degli amministrati – alle condizioni di potestà, che si esprimono in strumenti pubblicistici, sicché non si giustifica la ‘intrusione’ dell’accesso, laddove e nei limiti in cui l’ente agisca con il diritto comune dei privati, cioè senza godere di potestà particolari o di situazioni di supremazia”<sup>111</sup>.

Sul piano letterale, poi, il riferimento contenuto negli artt.22 e 24 della legge 241 al “documento amministrativo”, a “l’attività amministrativa” e agli “atti relativi ai procedimenti amministrativi” mostrerebbe come il diritto di accesso possa esercitarsi solamente nei confronti dei documenti amministrativi e non anche per gli atti negoziali.

Infine, in un’ottica sostanzialistica, si sottolinea come riconoscendo l’accesso verso un’attività di natura imprenditoriale quale quella svolta dagli enti pubblici economici – per la parte slegata da finalità pubblicistiche – si finirebbe per porre tali soggetti in una condizione peggiore sul mercato, rispetto ai loro concorrenti privati, con lesione della *par condicio*<sup>112</sup>.

Successivamente ha ottenuto spazio una tesi estensiva, secondo la quale rientrano nella disciplina dell’accesso sia l’attività propriamente amministrativa, sia l’attività di diritto privato dell’amministrazione, “che costituisce cura concreta degli interessi della collettività non meno della prima”<sup>113</sup>.

Questo perché – nella disciplina della legge n.241 – l’accesso ai documenti è correlato non agli atti amministrativi, ma più genericamente all’attività amministrativa, nel cui ambito rientrano sia gli atti espressione di pubbliche funzioni, sia gli atti sottoposti al diritto dei privati<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> G. Morbidelli, ‘*Il procedimento amministrativo*’, *op. cit.*, 2001, 1345.

<sup>112</sup> “Nei casi in cui tali enti pubblici operano in regime concorrenziale (è questo il caso della Sace), sarebbe oltremodo penalizzante che un’impresa privata possa richiedere ad altra impresa concorrente (seppure pubblica) informazioni su un’attività da quest’ultima posta in essere”: così A. Sandulli, in *L’accesso ai documenti amministrativi*, 1995, *cit.*, 1063.

<sup>113</sup> Consiglio di Stato, IV sez., 4 febbraio 1997 n.82, in *Giornale dir. amm.*, 1997, n.11, 1015.

<sup>114</sup> Consiglio di Stato, IV sez., 4 febbraio 1997 n.82, in *CdS*, 1997, n.2, 176 ; Consiglio di Stato, IV sez., 17 giugno 1997 n.649, in *CdS*, 1997, n.5-6, 685.

Depongono per questa soluzione, inoltre, - si afferma – il tenore e l'effetto degli articoli 22 e 23 della legge, sulla finalità di trasparenza amministrativa dell'accesso e sulla ricomprensione tra i destinatari dei concessionari di pubblici servizi<sup>115</sup>.

Infatti il principio di trasparenza non può non imporsi con uguale efficacia nei confronti di tutta l'attività della pubblica amministrazione, prescindendo dal regime formale dell'atto.

Il Consiglio di Stato è quindi giunto ad affermare che “all'esattezza di questa conclusione cospira, altresì, il rilievo del carattere amministrativo ‘allargato’ dei documenti cui è relativo il diritto di accesso: sotto il profilo oggettivo, in quanto sono documenti le riproduzioni di atti – senza altra qualificazione – non soltanto formati dalle pubbliche amministrazioni, ma comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa (e, quindi, anche se formati da soggetti privati) ; sotto il profilo soggettivo, in quanto il diritto di accesso si esercita anche nei confronti di concessionari di pubblici servizi, che possono essere anche soggetti privati”<sup>116</sup>.

L'ampia nozione di documento amministrativo prefigurata dal (vecchio) secondo comma dell'art.22 l.241, nonché l'inclusione dei concessionari di pubblici servizi – ovvero di soggetti spesso aventi natura privata e comunque operanti in regime privatistico – tra i soggetti passivi del diritto di accesso, conduce inevitabilmente, secondo i fautori di questo indirizzo interpretativo<sup>117</sup>, alla

---

<sup>115</sup> La pronuncia citata del Consiglio di Stato è antecedente alla modifica legislativa dell'art.23 l.241, che ha sostituito i “gestori di pubblici servizi” ai concessionari.

<sup>116</sup> Consiglio di Stato n. 82/1997, *cit.*.

<sup>117</sup> “Inoltre, escludere gli atti di diritto privato dall'ambito di operatività dell'obbligo di informazione appare contrario anche all'espresso disposto dell'art. 23 della legge sul procedimento, che ricomprende tra i soggetti passivi del diritto di accesso anche i concessionari di pubblici servizi, che normalmente operano appunto con strumenti di tipo privatistico. Sostenere, a questo riguardo, che la norma debba interpretarsi nel senso che è assoggettabile all'accesso l'attività di diritto privato del concessionario (o della p.a.) soltanto nel caso in cui quest'ultima ‘sia inquadrabile in una sequenza di attività riconducibili all'esercizio di un potere pubblico’ sembra, invero, forzare eccessivamente il testo legislativo”, così M.Occhiena, il quale prosegue affermando come “la sussistenza di un discrimine che faccia dipendere l'operatività del diritto di accesso da un criterio meramente formale (qual è quello del regime giuridico – amministrativistico o privatistico – dell'attività dell'amministrazione) potrebbe giustificarsi soltanto se fosse stato il legislatore stesso ad *espressamente* prevederlo, non essendo deducibile per mera interpretazione”, in *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy (il diritto di accesso e la riforma dell'organizzazione della p.a.)*, Dir. proc. amm., giugno 1998, n.2, 384.

conclusione per cui l'accesso può essere esercitato non soltanto con riferimento ad atti aventi carattere autoritativo, ma anche con riguardo ad atti adottati *iure privatorum*.

Una tesi intermedia tra le due, infine, ha sostenuto che non è possibile consentire sempre e comunque l'accesso agli atti posti in essere da un soggetto pubblico, quando vengono in rilievo schemi e modelli di diritto comune. Secondo questo indirizzo<sup>118</sup> si deve consentire l'accesso agli atti di diritto privato posti in essere da un soggetto pubblico o da un concessionario di pubblici servizi soltanto "allorchè detti atti accedano ad un'attività che, indipendentemente dal regime giuridico formale, costituisca cura concreta degli interessi della collettività. Ne conseguirebbe l'inaccessibilità nei casi di attività esclusivamente privatistica del tutto disancorata dall'interesse pubblico di settore istituzionalmente rimesso alle cure dell'apparato amministrativo: in tale ambito è compresa quell'attività che si concreta in atti contrattuali di natura civilistica, in ordine ai quali l'Amministrazione è carente di poteri discrezionali, e che non possono rappresentare articolazioni del procedimento amministrativo"<sup>119</sup>.

Questo indirizzo è stato oggetto di critiche in dottrina, a causa della indeterminatezza del criterio ermeneutico adottato e quindi della artificiosità della distinzione prospettata<sup>120</sup>.

Un punto fermo in materia è stato fissato dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.5 del 22 aprile 1999<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> Consiglio di Stato, sez. IV., 15 gennaio 1998 n.14, in Guida al diritto, 1998, n.10, 78.

<sup>119</sup> C.E. Gallo – S.Foà, *Accesso ai documenti amministrativi*, cit., 19.

<sup>120</sup> Secondo F.Caringella, R.Garofoli e M.T. Sempreviva, ad es., questo indirizzo intermedio "presta il fianco, tuttavia, a rilievi critici difficilmente contestabili: come è stato subito rilevato, infatti, la possibilità di configurare un'attività di diritto privato della pubblica amministrazione non finalizzata (anche solo strumentalmente) alla cura di interessi pubblici sembra alquanto dubbia", i quali proseguono affermando che "ciò che non si condivide, pertanto, non è l'avvertita esigenza di distinguere, nell'ambito dell'attività privatistica posta in essere dalla pubblica amministrazione, quella assoggettabile alla disciplina sull'accesso e quella, invece, da ritenersi estranea al relativo ambito di operatività, ma solo il criterio discrezionale che il Giudice amministrativo elabora per far luogo in concreto a siffatta delimitazione", *op. cit.*, 160.

<sup>121</sup> Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 22 aprile 1999 n.5, in Urb. e appalti, 1999, n.6, 643.

L'Adunanza plenaria ha abbracciato la tesi più estensiva, ritenendo che l'istituto dell'accesso trovi applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione.

In primo luogo è stato sottolineato come i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, alla base del diritto di accesso, "riguardano allo stesso modo l'attività volta alla emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato".

Anche l'attività di diritto privato della P.A., quindi, al pari di quella pubblicistica, è rivolta alla cura di interessi pubblici e deve pertanto soggiacere al rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che connotano l'esercizio di funzioni pubbliche. D'altra parte, l'art.22 della legge 241 – rileva la Plenaria – non ha stabilito preclusioni a un determinato tipo di atti posti in essere dall'amministrazione, per cui anche il dato testuale è nel senso di garantire all'accesso la sfera di operatività più ampia.

L'accento è quindi posto con insistenza sul fatto che ogni attività dell'amministrazione costituisce cura concreta di interessi pubblici, a prescindere dal suo regime formale, di talchè anche i rapporti della P.A. riconducibili al diritto privato vanno ricompresi nel campo di applicazione del diritto di accesso. "E' quindi il vincolo di scopo che sostanzialmente differenzia l'attività amministrativa, anche se esercitata nelle forme del diritto privato, da quella di un soggetto qualsiasi, e che ne implica l'assoggettamento ai precetti di trasparenza e imparzialità a cui è in definitiva preordinata la disciplina sull'accesso ai documenti"<sup>122</sup>.

Poiché la legge non ha previsto alcuna deroga all'applicabilità del diritto di accesso, non è allora consentito introdurre ulteriori limitazioni oltre a quelle espressamente previste dall'art.24 l. 241<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Così M. Protto, in *L'Adunanza plenaria afferma l'accessibilità degli atti di diritto privato della P.A., Urb. e appalti*, 1999, n.11, 649, il quale prosegue nel commento affermando che "se quindi il principio ha portata generalissima, operando in modo uniforme e costante in relazione alle diverse attività dell'amministrazione, alla sua effettività deve seguire l'applicazione della disciplina sull'accesso ai documenti, che è volta dichiaratamente al fine di 'assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale'".

<sup>123</sup> Conforme E. Casetta, secondo cui "l'accesso è consentito non soltanto nei confronti degli atti che attengono a procedimenti amministrativi finalizzati all'emanazione di provvedimenti, ma altresì ai

Passando ad analizzare le recenti tendenze dell'ordinamento, rivolte a stemperare la rigida contrapposizione tra attività retta dal diritto pubblico e attività che si svolge nelle forme del diritto privato, il Consiglio di Stato rileva quindi come anche la introduzione di modelli privatistici quali le società miste e i concessionari di pubblici servizi di natura privata non valgano a giustificare il mancato rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento. Anche in questi casi, pertanto, per la parte rivolta alla cura di interessi pubblici, è indifferente il regime dell'attività ai fini dell'operatività del diritto di accesso<sup>124</sup>.

Questa soluzione si è quindi affermata nella giurisprudenza successiva, la parte preponderante della quale si è adeguata ai *dicta* dell'Adunanza plenaria<sup>125</sup>.

Così il Consiglio di Stato, nella decisione n.7301 del 2003, ha ad esempio affermato che “ai sensi dell'articolo 22 della legge 7 agosto 1990 n.241, sono soggette all'accesso tutte le tipologie di attività delle pubbliche amministrazioni, e quindi anche gli atti disciplinati dal diritto privato, allorché essi rientrano nell'attività di amministrazione degli interessi della collettività, in quanto la legge non ha introdotto alcuna deroga alla generale operatività dei principi della trasparenza e dell'imparzialità e non ha garantito alcuna ‘zona franca’ nei confronti dell'attività disciplinata dal diritto privato”<sup>126</sup>.

Questa conclusione sembra oggi definitivamente recepita dalla legge n.15/2005, laddove ha introdotto una nozione di “*documento amministrativo*” (art.22,

---

procedimenti relativi all'attività di diritto comune della pubblica amministrazione: l'art.22 si riferisce infatti all'attività nel suo complesso, senza distinzioni ulteriori”, in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002, 394.

<sup>124</sup> Secondo M. Bombardelli, “Il crescente ricorso a principi e istituti propri del regime privatistico fa sì che spazi sempre più ampi del terreno tradizionalmente proprio del diritto amministrativo vedano ora l'ingresso del diritto privato in sostituzione, o quantomeno in commistione, con il primo. In una situazione di questo tipo, è evidente che limitare all'attività di diritto amministrativo il campo di applicazione di principi fondamentali come quello di trasparenza e della pubblicità dell'attività amministrativa finirebbe per ridurre fortemente il campo di applicazione degli stessi”, in *La riduzione dei limiti all'accesso ai documenti amministrativi*, Giorn. dir. amm., 1997, n.11, 1021. V. anche paragrafo successivo.

<sup>125</sup> Consiglio giust. ammin. Regione siciliana, 1 giugno 2001 n.244 : “Il diritto di accesso ai documenti amministrativi è correlato dalla l. 7 agosto 1990 n.241 all'attività e non solo agli atti della pubblica amministrazione, sicché esso può essere esercitato anche nei confronti di documenti relativi ad atti di diritto privato”.

<sup>126</sup> Consiglio di Stato, VI sez., 14 novembre 2003 n.7301, in ‘www.giustizia-amministrativa.it’. Conforme Tar Veneto, sez. I, 29 marzo 2004 n.794, in TAR, 2004, n.5-6, 1920.

comma 1, lett. d ), l.241) che ricomprende gli atti, anche non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti dalla P.A. e concernenti attività di pubblico interesse, “indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”.

#### **4.2 I gestori di pubblici servizi e il concetto di pubblica amministrazione**

La pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 1999 ha anche affrontato la questione della possibilità di accedere agli atti posti in essere dai concessionari di pubblici servizi, ovvero da soggetti privati deputati in forza di un provvedimento amministrativo a svolgere funzioni pubblicistiche.

Deve allo scopo rammentarsi che l'originaria previsione dell'art.23 della legge sul procedimento configurava quali soggetti passivi del diritto di accesso le “amministrazioni dello Stato, ivi compresi le aziende autonome, gli enti pubblici ed i concessionari di pubblici servizi”. A seguito della modifica operata dall'art.4 della legge 3 agosto 1999 n.265, la nuova dizione dell'art. 23 – non incisa dalla legge n.15 del 2005 – assoggetta all'ostensione degli atti, oltre alle pubbliche amministrazioni, alle aziende autonome e speciali e agli enti pubblici, i “gestori di pubblici servizi”<sup>127</sup>.

E' pacifico che la sostituzione del termine “concessionari di pubblici servizi” con la dizione “gestori di pubblici servizi” valga ad estendere l'ambito di operatività del diritto di accesso a qualunque soggetto privato incaricato dell'esercizio di un servizio pubblico<sup>128</sup>, anche in forza di strumenti giuridici diversi da una concessione amministrativa<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Il modificato art.23 l.241 stabilisce inoltre che “il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24”.

<sup>128</sup> “La qualità di Amministrazione o di Ente pubblico non è presupposto indispensabile per l'applicazione della normativa in materia di accesso agli atti, che opera anche nei confronti dei soggetti privati rientranti nella nozione di gestori di pubblici servizi, nozione che (introdotta dall'art.4 l. 3 agosto 1999 n.265 e più ampia di quella richiamata nel testo originario dell'art.23, riferito ai soli concessionari di pubblici servizi) consente di ricondurre nell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sull'accesso tutti i soggetti privati a qualsiasi titolo investiti dello svolgimento di un pubblico servizio, e tale scelta è pienamente condivisibile e apprezzabile alla luce delle finalità perseguite dalla detta disciplina, che è quella di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e

L'Adunanza plenaria ha quindi cercato di enunciare i criteri in base ai quali stabilire quando e per quali categorie di atti l'attività posta in essere dai concessionari di pubblici servizi deve ritenersi soggetta alle regole della trasparenza.

Questo sulla base del presupposto che non tutta e qualunque attività posta in essere dai gestori di pubblici servizi debba ritenersi assoggettata all'accesso.

Per far ciò il massimo consesso amministrativo ha proceduto dapprima ad una ricognizione del concetto di concessionario o gestore di pubblici servizi, per poi passare ad una scomposizione dei vari profili della sua attività, alla luce degli interessi di volta in volta prevalenti.

Secondo il Consiglio di Stato – dal punto di vista soggettivo – rientrano tra i concessionari di pubblici servizi “tutti i soggetti, comunque denominati, che gestiscono un pubblico servizio (come inteso dall'art.33 del decreto legislativo n.80 del 1998), sulla base di un titolo giuridico, sia esso la legge o un atto anche non avente il *nomen* di concessione”, mentre sul versante oggettivo, dell'attività svolta dal gestore, le esigenze di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa si impongono anche per gli atti di natura negoziale con cui si gestisce un pubblico servizio e si entra in contatto con gli utenti.

“Il richiamo agli enti pubblici, anche economici, ed ai concessionari di pubblici servizi evidenzia che in linea di principio la legge consente l'accesso alle loro attività di interesse pubblico, anche se sottoposte in tutto o in parte alla disciplina sostanziale del diritto privato : gli interessi collettivi meritano una identica tutela quando è gestito un servizio pubblico, poco importando sotto tale aspetto se esso sia svolto da un soggetto pubblico o da un privato in regime di mercato e di concorrenza o di esclusiva (il che fa risultare al pubblico un vero e proprio *alter ego* dell'amministrazione)”<sup>130</sup>.

---

di favorire lo svolgimento imparziale”: Tar Lombardia, Milano, III sez., 20 aprile 2001 n.3138, in TAR, n.3, marzo 2001, 758.

<sup>129</sup> Per A. Sandulli “la volontà del legislatore, dunque, è stata intesa a rendere il più ampio possibile il novero dei soggetti nei cui confronti possa trovare applicazione il diritto di accesso”, il quale prosegue affermando che “la definizione dell'ambito soggettivo di applicazione, peraltro, rappresenta un falso problema, dal momento che la soluzione delle questioni che di volta in volta si presentano va sempre ricondotta all'aspetto oggettivo”, in *Il procedimento*, op. cit., 2003, 1163.

<sup>130</sup> Così si esprime l'Adunanza plenaria n.5/1999, al punto 6.2., secondo periodo, della motivazione.

La *ratio* della inclusione legislativa dei concessionari (ora gestori) tra i possibili destinatari dell'accesso è quindi colta nel rilievo pubblicistico della loro attività : “essa, pur se sottoposta di regola al diritto comune, è svolta, oltre che nell'interesse proprio, anche per soddisfare quelli della collettività ed ha rilievo pubblicistico, sicchè si deve attenere ai principi della trasparenza e del buon andamento”.

Sulla base del criterio funzionale, della inerenza dell'attività svolta dal gestore alla cura di interessi collettivi, l'Adunanza plenaria passa a enumerare tre porzioni di attività assoggettabili alla disciplina dell'accesso.

In primo luogo l'accesso deve essere consentito nei casi in cui una norma comunitaria o di diritto interno imponga al gestore del pubblico servizio l'osservanza di moduli procedurali per la formalizzazione delle proprie determinazioni, anche di scelta del contraente (come avviene in materia di appalti pubblici)<sup>131</sup>.

In secondo luogo non può essere preclusa l'accessibilità con riguardo agli atti afferenti alle scelte organizzative adottate in sede di gestione del servizio : scelte potenzialmente incidenti sulla qualità del servizio stesso, sul rispetto delle norme volte a proteggere gli utenti e sul soddisfacimento delle loro esigenze<sup>132</sup>.

Da ultimo, anche una parte della restante attività più propriamente imprenditoriale del gestore può, in certi casi – secondo la Plenaria – non essere immune dalle esigenze di trasparenza.

L'accesso può infatti riguardare anche la residua attività del gestore “quando si manifesti in un interesse pubblico prevalente rispetto a quello imprenditoriale, sulla base di un giudizio di bilanciamento”. Allo scopo va operato un giudizio caso per caso, tenendo conto di tre criteri sostanziali : il grado di strumentalità dell'attività residuale rispetto all'attività di gestione del servizio ; il regime sostanziale dell'attività del gestore ; la eventuale presenza di regole procedurali assunte dal

---

<sup>131</sup> “Le espressioni adoperate dal Consiglio di Stato sono generiche, ma il riferimento è chiaramente ai casi nei quali la normativa dispone norme procedurali quali: obbligo di valutazione comparativa, obbligo di audizione degli interessati, obbligo di motivazione”: S.Cassese, in *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi (due recenti sentenze)*, in C.Corduas, R.Romei, G. Sapelli (a cura di), *La testimonianza del giurista nell'impresa – scritti in memoria di Massimo d'Antona*, 2001, Milano, 234.

<sup>132</sup> Così, in termini, F.Caringella, R.Garofoli, M.T. Sempreviva, *op. cit.*, 188.

gestore, anche nell'ambito della propria autonomia contrattuale, e dirette ad organizzare il servizio sulla base dei criteri di trasparenza, correttezza e buona fede.

La procedimentalizzazione dell'attività del gestore, allo scopo di realizzare obiettivi di trasparenza, correttezza e buona fede, dunque - secondo l'Adunanza plenaria - permette, nell'ambito di un giudizio comparativo, l'eventuale prevalenza delle esigenze di accessibilità rispetto a quelle tipicamente imprenditoriali.

In base al criterio-guida dell'interesse pubblico prevalente, allora, nella ricostruzione dell'Adunanza plenaria, è ammesso l'accesso nei confronti degli atti posti in essere da chi svolge un servizio pubblico applicando regole di diritto privato, all'esito di volta in volta di un bilanciamento tra l'interesse imprenditoriale e quello pubblico.

In applicazione di tali criteri, con riguardo al caso specifico sottoposto al suo esame – la richiesta di un dipendente di Ferrovie Spa di accedere agli atti di un procedimento concorsuale per il passaggio ad un profilo superiore – il Consiglio di Stato afferma quindi che l'accesso debba essere consentito, dato che un interesse pubblico prevalente è ravvisabile “quando il gestore del servizio (spontaneamente o in applicazione di una norma) ponga in essere un procedimento di natura comparativa con criteri precostituiti, per la selezione del personale più meritevole e per organizzare con efficienza il servizio”<sup>133</sup>.

La decisione dell'Adunanza plenaria è stata in parte oggetto di critiche in dottrina, che ha rimproverato ad esempio al giudice amministrativo di non aver approfondito la peculiare posizione del concessionario “che svolge un'attività in regime di diritto privato, per un fine privato, coincidente con il fine pubblico per cui è data la concessione”. L'attività del concessionario andrebbe invece “distinta in due parti. La prima riguarda il servizio e la sua erogazione (attività finale). La seconda attiene all'organizzazione dei mezzi per raggiungere i fini (attività strumentale)”<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> L'Adunanza plenaria afferma quindi che la procedura in questione è strettamente connessa con la soddisfazione del pubblico interesse, in quanto “gli atti della società con cui avviene la selezione del personale incidono sulla scelta del personale più idoneo e preparato ed incide direttamente, quindi, sulla qualità del servizio di trasporto ferroviario”.

<sup>134</sup> Così S. Cassese, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi (due recenti sentenze)*, cit., 237, che conclude affermando : “I due aspetti, che per brevità

Per riconoscere un'esigenza di interesse pubblico atta a consentire l'accesso solo nel primo caso.

In seguito alla elaborazione svolta dall'Adunanza plenaria il Consiglio di Stato ha proseguito – soprattutto a partire da una ponderosa sentenza dell'anno 2002<sup>135</sup> - nell'affinamento di un criterio definitorio atto a delimitare la sfera degli atti e delle attività dei gestori di pubblici servizi ricadente nell'ambito delle previsioni sul diritto di accesso.

Il criterio individuato è stato quello della sottoposizione o meno del soggetto, in sede di esercizio della propria attività, al dovere di imparzialità. Questo perché tale soluzione è quella che va desunta, secondo il giudice amministrativo d'appello, “dalla scelta legislativa di ricomprendere tra i soggetti passivi della disciplina generale in tema di accesso i concessionari (ora gestori) di pubblico servizio”<sup>136</sup>.

Il giudice amministrativo ha quindi sostenuto che è la nozione di servizio pubblico che concorre a questa conclusione, dato che suo tratto peculiare è da ricercare nella piena sottoposizione del soggetto preposto alla gestione del servizio al canone di imparzialità.

Quanto alla concreta individuazione del segmento di attività in relazione al quale i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad osservare il principio di trasparenza, il Consiglio di Stato – riallacciandosi per questa parte all'insegnamento dell'Adunanza plenaria – ritiene siano da sottoporre all'accesso sia l'attività propriamente di gestione di detti enti, sia quella parte dell'attività strumentale al perseguimento dell'interesse pubblico<sup>137</sup>.

---

possono dirsi esterno ed interno, vanno tenuti ben distinti, altrimenti si finisce per assorbire tutta l'attività del concessionario nella prima categoria, con la conseguenza di assimilarlo alla pubblica amministrazione e di perdere i vantaggi del ricorso a privati per la gestione (cosiddetta delegata) dei servizi pubblici”.

<sup>135</sup> Consiglio di Stato, VI sez., 5 marzo 2002 n.1303, in Foro amm.-CdS, 2002, 1-3, 705.

<sup>136</sup> Così la sentenza n.1303/2002 citata.

<sup>137</sup> Dal ritenere che debbano considerarsi assoggettate al canone di imparzialità anche le “determinazioni non direttamente riguardanti la gestione, ma in qualche modo intese al perseguimento efficace dell'interesse pubblico a quella sotteso”, il Consiglio di Stato ha fatto discendere l'inclusione della attività di elaborazione delle schede di valutazione del personale utilizzate da Poste Italiane Spa nell'ambito di un procedimento volto alla compilazione di una graduatoria suscettibile di incidere sulla scelta del personale da assegnare ad una sede, anziché ad un'altra, tra quelle accessibili, sul

Riguardo i possibili destinatari delle richieste di ostensione, è da sottolineare la innovativa definizione di *pubblica amministrazione* introdotta dalla legge 15/2005 alla lettera *e*) del primo comma del nuovo art.22 l. 241.

Come abbiamo visto, la nuova disciplina dell'accesso ai documenti disegnata dalla legge 15, è preceduta dalla formulazione – nel primo comma dell'art.22 *cit.* – di una serie di definizioni destinate a valere (soltanto) ai fini e nell'ambito del Capo V della legge sul procedimento, dedicato appunto all' *Accesso ai documenti amministrativi*.

In base all'art.22, primo comma, lett *e*), pertanto, si intende per pubblica amministrazione “tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”.

E' evidente che nell'ambito della disciplina sull'accesso tale rinnovata nozione di pubblica amministrazione è destinata a venire in rilievo essenzialmente quale soggetto passivo dell'esercizio del diritto alla trasparenza, come traspare dall'art.23 e dal nuovo comma 6 dell'art.22 della legge 241, secondo cui “Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere”.

Sul versante propriamente pubblicistico il riferimento a “tutti i soggetti di diritto pubblico” non pone particolari problemi, essendo palese la volontà di ricomprendere tutte le pubbliche amministrazioni e i soggetti ad esse equiparati, secondo i principi dell'ordinamento.

La parte della definizione riguardante i “soggetti di diritto privato”, invece, prendendo atto delle tendenze più innovative dell'ordinamento, pare ricomprendere quei soggetti, quali le società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti

---

rilievo che “si è al cospetto, infatti, di attività di cui non è possibile escludere l'incidenza potenziale sulla qualità di un servizio, il cui rilievo pubblicistico va valutato tenendo conto non solo della dimensione oggettiva, ma anche di quella propriamente soggettiva”. A questa conclusione, secondo il giudice amministrativo, conduce inoltre la qualificazione che deve farsi di Poste Spa come ente pubblico, pur dopo l'avvenuta trasformazione in società per azioni. Valuta criticamente la sentenza citata B.Argiolas, in *Diritto d'accesso e sdoppiamento dei gestori di servizio pubblico*, Giorn. Dir. Amm., 2002, n.10, 1061.

pubblici economici, che pur rivestendo forma giuridica privata, sono chiamati (in tutto o in parte) a svolgere funzioni di rilievo pubblicistico, per la parte della loro attività assoggettata alle regole e ai principi del diritto nazionale o comunitario, come tipicamente avviene per le regole sull'evidenza pubblica e sulla gara nell'affidamento degli appalti.

Per effetto della nuova disposizione - che richiama alla mente in parte anche le conclusioni dell'Adunanza plenaria n.5 del 1999 – pertanto, si è determinato un “ampliamento del novero dei soggetti, pubblici e privati, chiamati a rispettare le regole sull'accesso. In particolare, il legislatore ha fatto uso di una nozione estensiva di pubblica amministrazione, comprendente, sulla scorta della disciplina europea, l'organismo di diritto pubblico”<sup>138</sup>.

Un richiamo ai “soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative”<sup>139</sup>, d'altronde, è, come noto, contenuto nel nuovo comma 1-ter dell'art.1 legge 241, al fine di assoggettarli al rispetto dei principi di economicità, efficacia e trasparenza.

Per quanto riguarda le regioni, occorre tenere presente che il nuovo art.29 della legge 241 – dopo aver disposto, al primo comma, che le previsioni della legge si applicano ai procedimenti amministrativi di pertinenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali – al secondo comma stabilisce che “Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei

---

<sup>138</sup> Così A.Sandulli, *L'accesso ai documenti amministrativi*, cit., 2005, il quale prosegue affermando : “Come noto, sul punto, è stato recepito l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa”. Non sembra pensarla allo stesso modo G.Tarantini, che scrive che “non sembrano sufficientemente risolte le problematiche emerse in giurisprudenza (ad es., organismi di diritto pubblico, società a partecipazione pubblica)”, in *L.11 febbraio 2005 n.15 'Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n.241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa'*, 'www.federalismi.it', p. 8.

<sup>139</sup> Espressione che pare comunque più restrittiva rispetto alla nozione di pubblica amministrazione ex art. 22, c.1, lett. e), cit..

riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge”<sup>140</sup>.

Se si ricollega questa previsione con quella del secondo comma del nuovo art.22 della legge sul procedimento – ove il diritto di accesso viene considerato “principio generale dell'attività amministrativa” e attinente ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali *ex art.117, secondo comma, lett. m)* della Costituzione – risulta evidente la volontà del Legislatore nazionale di considerare quella dell'accesso una disciplina per principi, suscettibile di imporsi alle regioni a causa della sua affermata inclusione nella competenza legislativa esclusiva dello Stato. Salva la facoltà di Regioni ed enti locali di prevedere livelli maggiori di tutela a favore dei privati<sup>141</sup>. Pertanto, per quanto riguarda “i procedimenti di competenza delle regioni e degli enti locali, la norma, con una formula invero un po' contorta, dice in sostanza che questi enti, nell'ambito delle rispettive competenze, disciplinano i procedimenti amministrativi (‘le materie disciplinate dalla presente legge’) con il vincolo dei principi da questa stabiliti, in quanto considerati principi di rango costituzionale”<sup>142</sup>.

Per effetto di questa disposizione, allora, le garanzie del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa (la partecipazione, l'obbligo di motivazione, ecc.) e il diritto di accesso assurgono al rango di principi condizionanti l'azione di regioni ed enti locali, per la loro ricomprensione tra i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in base alla Costituzione nei loro livelli essenziali<sup>143</sup>. Ma – trattandosi di una

---

<sup>140</sup> Nel sistema precedente, in base al primo comma dell'art.29 l.241, versione originaria, quelli della legge sul procedimento erano dichiarati “principi generali dell'ordinamento giuridico”, destinati pertanto a vincolare anche l'azione delle regioni.

<sup>141</sup> “Si tratta perciò di principi, come subito meglio vedremo, che vincolano l'attività amministrativa delle regioni e degli enti locali, e perciò la potestà legislativa e normativa di tutti gli enti del governo territoriale, con riferimento alla materia di loro competenza. Mentre, come è evidente, ma la norma opportunamente lo ribadisce, è nella facoltà di ogni ente, con riferimento all'azione amministrativa di propria competenza, di ‘garantire livelli ulteriori di tutela’. Il che significa ampliare le possibilità di accesso dei cittadini ai documenti, i modi e i contenuti della partecipazione”: così V.Cerulli Irelli, *Osservazioni generali...*, *cit.*, parte 6, 3.

<sup>142</sup> V.Cerulli Irelli, *Osservazioni generali...*, *cit.*, 7.

<sup>143</sup> Non essendo questa la sede per una adeguata trattazione delle ripercussioni derivanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione sull'azione amministrativa e sulla legge 241 si rimanda, tra gli altri, a S.Gambino, *Il diritto di accesso.La nuova disciplina legislativa (legge n.15/2005) alla luce della revisione costituzionale del Titolo V*, in ‘www.federalismi.it’.

disciplina limitata solo verso il basso e non verso l'alto – rimane ferma la facoltà degli enti locali, nei propri statuti e regolamenti<sup>144</sup>, di prevedere forme di accesso più ampie rispetto a quello contenuto nella legge 241.

L'art.32 della legge 241, introdotto dalla legge 15, stabilisce quindi che fino all'approvazione delle leggi regionali attuative dell'art.29, secondo comma, i procedimenti amministrativi regionali sono regolati dalle leggi regionali vigenti e, in loro assenza, dalle disposizioni della legge sulla trasparenza.

Da questo deriva che, con riguardo alle istanze di accesso rivolte alle amministrazioni regionali, si applica la disciplina della legge n.241, salvo che la regione non abbia provveduto a legiferare sul punto, ma nel rispetto dei principi desumibili dalla stessa legge 241<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Già l'art.6, comma 2, del d.lgs. 267/2000 prevede che lo statuto – tra l'altro – stabilisca i criteri generali "dell'accesso dei cittadini alle informazioni e ai procedimenti amministrativi".

<sup>145</sup> In verità non sembra che alle regioni residuino ampi margini di manovra, dato che molte delle previsioni della legge 241 in tema di accesso ai documenti possono essere considerate esprimere principi generali, ai sensi del secondo comma dell'art.29 *cit.* (si pensi all'onere di motivare la richiesta, alla nozione di documento amministrativo, ai contenuti del diritto, ecc.). Diversa la situazione per il caso di previsioni maggiormente rivolte a tutelare il privato cittadino. In disparte infine la questione se una legge statale possa imporre alla fonte regionale il rispetto dei principi da essa ricavabili, v. B.G.Mattarella, *Il provvedimento amministrativo*, Giorn. dir. amm., 2005, n.5, 469.

## CONCLUSIONI

Giunti al termine dell'analisi dei suddetti caratteri del diritto di accesso ai documenti amministrativi, è possibile cercare di fissare alcune conclusioni.

Abbiamo visto che a partire dalle leggi n.142 e 241 del 1990 i principi di trasparenza e pubblicità hanno preso il posto del tradizionale criterio del segreto, che in precedenza connotava l'attività amministrativa.

L'affermazione di questi principi, d'altra parte, è la conseguenza di un rinnovato modo di concepire i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, dove al sistema autoritario e della separazione dei ruoli, si sostituisce un rapporto paritario, di democrazia procedimentale, in cui l'apporto del privato è visto non come un ostacolo, ma come un arricchimento della bontà dell'azione dei pubblici poteri.

“La legge del 1990 è del resto espressione di un chiaro disegno: quello di introdurre, attraverso una nuova disciplina del modo di agire della P.A., radicali riforme nella sua struttura. In questo disegno, al diritto di accesso spetta senz'altro un ruolo di primo piano”<sup>146</sup>.

E che all'istituto del diritto di accesso si debba riconoscere un ruolo fondamentale nell'affermazione di un nuovo sistema di valori, è testimoniato anche dalla espansione e capacità di penetrazione dei suoi precetti, che in virtù delle loro caratteristiche e delle finalità tramite essi perseguibili, hanno trovato positivo riconoscimento in molteplici settori<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> A.Romano Tassone, *Considerazioni in tema di diritto d'accesso*, in Scritti per Enzo Silvestri offerti dagli allievi, Milano, 1992, 431.

<sup>147</sup> E' possibile ricordare, ad es., l'accesso previsto in relazione allo svolgimento delle attività difensive dalla legge 7 dicembre 2000 n.397 (“Disposizioni in materia di indagini difensive”), che ha introdotto nel codice di procedura penale il nuovo art. 391-*quater* (“Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione”); il diritto di accesso riconosciuto alle associazioni di promozione sociale dall'art.26 della legge 7 dicembre 2000 n.383 (“Disciplina delle associazioni di promozione sociale”); il diritto di accedere alle informazioni che riguardano lo stato delle acque transfrontaliere previsto dall'art.16 della legge 12 marzo 1996 n.171 (“Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla protezione e l'utilizzazione dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali di Helsinki”); l'accesso che le imprese di assicurazione esercenti il ramo dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti sono tenute a garantire a coloro che stipulano con esse contratti di assicurazione e ai danneggiati, in base all'art.3 della legge 5 marzo 2001 n.57 (“Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati”).

Partendo da una comune radice, si è quindi formato un “sistema” in cui il diritto di accesso ha mutato veste e caratteri, a seconda del terreno in cui è stato trapiantato. Bisogna infatti prendere atto che “nel solco tracciato dalla legge n.241 del 1990 – legge che si è sovrapposta ad un’anteriore disciplina frammentaria e disorganica in tema di pubblicità dei documenti amministrativi – si è inserito, e sta assumendo sempre maggiore consistenza, un corpo normativo contenente eccezioni o disposizioni integrative delle regole generali. Di tale corpo normativo, riflettente le peculiarità di singole fattispecie o di intere materie, il D.L.vo n.39 del 1997 è, forse, l’espressione più significativa”<sup>148</sup>.

In questo quadro, contrassegnato dalla presenza nell’ordinamento di numerose e distinte forme di diritto all’informazione, sembra più corretto parlare di *diritti* d’accesso, al plurale<sup>149</sup>, pur nella consapevolezza – come accennato – di un sostrato di base comune, identificabile nell’esigenza di trasparenza e conoscenza, per tutelare (nel senso più ampio) i propri interessi giuridici. Alla creazione di questo assetto, come noto, non è risultata estranea neanche l’influenza dei principi di origine comunitaria<sup>150</sup>.

Alla applicazione tendenzialmente generale della disciplina contenuta nella legge n.241 del 1990, allora, si contrappone la specificità e la varietà delle previsioni dettate con riferimento a determinati settori, che impediscono la ricostruzione di un sistema unitario ed omogeneo.

Esemplare, in questo senso, è il riconoscimento – in talune discipline<sup>151</sup> – di un vero e proprio *diritto all’informazione*, ben più ampio e onnicomprensivo rispetto al tradizionale diritto di accedere *alla documentazione* amministrativa.

---

<sup>148</sup> Così B.Delfino, *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali secondo il D.L.vo 24 febbraio 1997 n.39. Confronto con la L.7 agosto 1990 n.241*, Rassegna Cons.Stato, gennaio 1999, n.1, 155.

<sup>149</sup> In questi termini S.Giacchetti, *Accesso e riservatezza...*, cit., 465.

<sup>150</sup> V.Cerulli Irelli ricorda come ormai quello di pubblicità dell’azione amministrativa è elevato al rango di principio costituzionale dell’Unione Europea dall’art. II-101 dalla nuova Costituzione: “Il diritto ad una buona amministrazione comprende, infatti, il ‘diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi, della riservatezza e del segreto professionale’”, *Osservazioni generali sulla legge.....*, cit., parte 6, 3.

<sup>151</sup> Si pensi a quanto disposto, come visto, dall’art.43 T.U.enti locali per i consiglieri comunali e provinciali, e dall’art.2 del decreto legislativo n.39/1997.

Pur all'interno di un quadro complessivo non privo di contraddizioni e ambiguità, però, la disciplina dettata dalla legge generale sul procedimento amministrativo ha costituito, fino ad oggi, la prua di un vascello lanciato con forza contro la barriera costituita dalla vecchia concezione dei rapporti cittadini-Autorità, in cui alla posizione di supremazia e infallibilità di quest'ultima si contrapponeva la situazione di soggezione e tutela *affievolita* dei primi. L'accesso ai documenti, in questo schema, ha sin dall'origine assunto la funzione di realizzazione dei principi costituzionali di sovranità popolare e buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.

A seguito delle rilevanti modifiche introdotte dalla legge n.15 del 2005, questa spinta propulsiva pare destinata a subire una brusca frenata.

Da una legge fatta di codificazioni di principi giurisprudenziali e di recupero in capo alla Pubblica amministrazione di un vasto margine di discrezionalità<sup>152</sup> sembra infatti derivare una "erosione degli spazi di garanzia, trasparenza e tutela dei privati in seno al procedimento amministrativo"<sup>153</sup> e un indebolimento della rilevanza in senso garantistico e democratico dell'accesso ai documenti amministrativi.

In questa direzione, dall'analisi svolta, sembra condurre la nuova configurazione operata dal Legislatore del 2005 delle situazioni legittimanti l'accesso alla documentazione, in cui la necessaria sussistenza di una molteplice serie di caratteri qualificanti rende più arduo reclamarne la titolarità e, di conseguenza, si pone in controtendenza rispetto ai recenti sviluppi del diritto alla conoscenza in altri settori.

La nuova legge 241 pare pertanto destinata a perdere quel ruolo di traino e conduttore dei più avanzati principi espressi dall'ordinamento in tema di partecipazione, garanzie e prerogative riconosciute ai soggetti privati, nel loro rapportarsi con la pubblica amministrazione.

Sono quindi oggi i diritti di accesso "speciali", ubicati al di fuori della legge generale sul procedimento, a garantire e permettere alle situazioni giuridiche

---

<sup>152</sup> Si pensi, ad es., alle previsioni di cui agli artt. 21-*nonies* e 24, comma 6, della nuova legge n.241.

<sup>153</sup> A.Sandulli, *L'accesso ai documenti...*, 2005, *cit.*

soggettive che ne costituiscono il sostrato le più ampie tutele e possibilità di esplicitazione.

In questo caso la eterogeneità delle forme applicative del diritto alla conoscenza non costituisce un limite, ma una ricchezza, che permette al principio di sperimentare soluzioni di volta in volta diverse, e all'esigenza di trasparenza di adattarsi e trovare terreno in una pluralità di ambiti.

Dal collegamento tra le differenti discipline - che non vivono in uno spazio separato, indifferenti le une alle altre, ma si influenzano a vicenda<sup>154</sup> – allora, si può confidare possa ripartire quell' "onda lunga" di affermazione delle esigenze di trasparenza e pubblicità dell'azione dei soggetti incaricati della cura del pubblico interesse, che la controriforma<sup>155</sup> operata dalla legge 15 del 2005 ha provveduto, almeno per il momento, a interrompere.

Dott. MASSIMO CIAMMOLA

---

<sup>154</sup> A proposito dei rapporti tra legge 241 e d.l.vo 39/1997, ad es., B.Delfino afferma che "il D.L.vo n.39 del 1997 nasce come filiazione dai principi generali in materia di accesso. Se si tiene presente, poi, che il responsabile del procedimento, le modalità e le forme per accedere alle informazioni ambientali sono individuati secondo le disposizioni del DPR n.352 del 1992; che il rimedio giurisdizionale contro le determinazioni negative e contro il silenzio delle autorità pubbliche viene esperito seguendo la procedura di cui all'art.25, comma 5, della legge n.241 del 1990; che le disposizioni contenute nella legge n.241 del 1990 e nel DPR n.352 del 1992 colmano espressamente le lacune del citato decreto legislativo, si comprende quanto sia fondato parlare di filiazione", in *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali...*, cit., 147.

<sup>155</sup> "La legge n.15/2005 tra controriforma e difesa dello *status quo*" è il titolo di un paragrafo del commento svolto da A.Sandulli alla riforma della legge 241, in *Accesso ai documenti...*, op.cit., 494.