

[1] Questo lavoro è frutto della riflessione maturata negli anni e rappresenta parte della relazione tenuta sulla “*Disciplina pubblicistica degli atti e dei soggetti privati: il regime delle società miste*” al convegno sulle Società a partecipazione pubblica locale organizzato il 17 aprile 2007 a Roma presso la Corte dei Conti.

[2] Sul punto tra i contributi si cfr.: G. Bacosi, *Accesso e privacy prima e dopo la riforma della l. n. 241/90: l'emblematico caso Inail. Spunti su un fantomatico diritto e su un esercizio negletto*, *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 358; M. Ciammola, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi (Prima e dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, *For. amm. TAR*, 2007, 3, 1181; M. Ciammola, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: dalla legge istitutiva del ministero dell'ambiente al d.lg. n. 195 del 2005*, *For. amm. CDS.*, 2007, 2, 657; A. Romano Tassone, *A chi serve il diritto d'accesso?*, *Dir. Amm. n. 3/95 p. 315*; G. Cassano e M. Del Vecchio, *Diritto alla riservatezza e accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè Milano, 2001; F. Caringella – R. Garofoli – M.T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi – Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè Milano 1999; F. Guarnieri – L. Guarnieri – D. Guarnirei, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi nei Comuni, nelle Province, negli Enti pubblici, e presso i concessionari di pubblici servizi*, Giuffrè Milano 1999; L. Mazzaroli, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione – profili sostanziali*, Padova 1998; R. Scarciglia, *L'accesso ai documenti amministrativi – Attuazione della legge 241/90 – Profili di diritto comparato*, Maggioli Rimini, 1994.

[3] Si cfr. M. Tiberii, *Brevi note in tema di «accesso e privacy»: posizioni giuridiche a confronto*, *Riv. Amm. Reg. Camp.* n. 1/1996 p. 38 e ss; nonché più di recente M. Tiberii, *La rilevanza d'interesse pubblico del dato privato riservato: personale, sensibile e sullo stato di salute*, *For. Amm. CDS n. 12/2002*, 3304.

[4] Sul punto si cfr. l'Ad. Pl. del Cons. st., 24.6.1999, n. 16, *Guida al Diritto* n. 29 del 24.7.99, 85: «Il ricorso previsto a tutela del diritto d'accesso ai documenti amministrativi dall'art. 25 della l. 241/1990 introduce in realtà un giudizio d'impugnazione di un provvedimento autoritativo di diniego dell'amministrazione, a fronte del quale la posizione del ricorrente non è di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo; ne consegue che i soggetti determinati ai quali si riferiscano i documenti richiesti con la domanda di accesso devono considerarsi, sulla base dei principi generali del processo amministrativo, come controinteressati, ai quali il ricorso va notificato a pena d'inammissibilità, nel termine perentorio di trenta giorni fissato dalla legge». Come si evince anche dal titolo del commento di G. Caruso, *Conoscenza dei documenti amministrativi in bilico tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, la decisione si segnala anche per aver affermato la natura d'interesse legittimo dell'accesso.

[5] Cfr. in tal senso Ad. Pl. Cons. st., 22.4.1999 n. 4, *Guida al Diritto* n. 29 del 24.7.99, 85.

[6] L'accesso occupa un ruolo importante non soltanto nell'ordinamento interno ma anche a livello comunitario sul tema si rinvia a C. Franchini, *Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, *Gior. dir. amm.* n. 9/1996, 824; A. Sandulli, *L'accesso ai documenti nell'ordinamento comunitario*, *Gior. dir. amm.* n. 5/96 p. 446; nonché E. Chiti, *Il nodo irrisolto dell'accesso ai documenti di commissione e consiglio dell'Unione Europea*, *Giorn. dir. amm.* n. 11/98 p. 1027; infine si cfr. R. Garofoli, *Profli comunitari sul diritto d'accesso*, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè 1999, Cap. X p. 497.

[7] La dottrina ha, infatti, evidenziato da tempo la presenza di un forte processo di cambiamento, A. Romano Tassone, *La (ri)costruzione della realtà giuridica*, relazione per l'incontro di S. Giustino, Roma, LUISS 6.12.2002, che osserva come per evitare «l'impatto destrutturante della nuova realtà», da un lato, si tende ad una «ridefinizione delle categorie giurisprudenziali in senso genericamente formalistico» e, dall'altro lato, paradossalmente, si considera la realtà «come fattore d'integrale sovvertimento del tradizionale armamentario del giurista», avvertendo l'esigenza di avviare un'ampia discussione sul metodo, L. Iannotta, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, *Scritti in onore di Giorgio Berti*, 2003, 16.

[8] Si cfr. S. Fois, *Legalità (principio di)*, *Enc. Dir.*, Giuffrè 1973, che n'evidenzia lo stato di crisi; nonché L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, *Enc. Giur.* Treccani, Vol. XVIII.

- [9] Sulla centralità del ruolo rivestito nell'amministrazione dai principi dell'imparzialità e del buon andamento non si può non rinviare a U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam 1965.
- [10] Si cfr. in merito l'art. 1 della l. n. 241/90, si rileva che: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficacia, efficienza, economicità, di pubblicità e di trasparenza, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».
- [11] L'importanza di questo principio è stata evidenziata in particolare da L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo, dall'interesse legittimo al buon diritto*, *Dir. proc. amm. n. 2/98*, 299; *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, *Dir. amm. n. 1/99*, 57; *Principio di legalità e amministrazione di risultato. Amministrazione e legalità*, Giuffrè 2000, 97.
- [12] R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, *Dir. proc. amm. 1989*, 416; F. Patroni Griffi, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, *Dir. proc. amm. 1992*, 56.
- [13] L'inderogabilità della disciplina dell'accesso, appare strumentale al rispetto dell'imparzialità, e in tal senso conferma il carattere «imperativo» di tale principio, la cui violazione è stata sanzionata in diverse ipotesi normative con la nullità di diritto dell'atto amministrativo, sul tema si cfr. M. Tiberii, *La nullità e l'illecito. Contributo di diritto amministrativo*, E.S.I. Napoli 2003, 200 e ss.
- [14] L. Iannotta, *Diritto comune dello sviluppo: rispetto e soddisfazione dei diritti, efficacia ed economicità delle decisioni*, in *Mezzogiorno e politiche di sviluppo*, a cura di A. Flora E.S.I. Napoli 2002, 59 rileva un processo di «formazione di un diritto comune a soggetti pubblici e privati, frutto degli apporti e della sintesi di norme ed esigenze pubbliche e private...».
- [15] M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino 2000.
- [16] M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica*, *Dir. amm. n. 1/2000*, 175, dove si rileva che: «non vi è dubbio che, in seguito al grande processo di privatizzazione avviato all'inizio degli anni 90, lo Stato abbia in gran parte rinunciato al ruolo di imprenditore e che la rinuncia abbia determinato una riduzione soggettiva dell'intervento pubblico».
- [17] Sulla nozione di impresa pubblica si cfr. S. Cassese, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *Stato e mercato*, 1992, 231; nonché Carabba, *Impresa pubblica*, *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino VIII, 1993, 175.
- [18] Si cfr. in merito G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, *Riv. trim. dir. pubbl. n. 3/98*, 629; A. Pajno, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537 intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, *Dir. proc. amm. n. 1/94*; E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, *Dir. amm. n. 3/98*, 335.
- [19] Si cfr. A. Travi, *La liberalizzazione*, *Riv. trim. dir. pubbl. n. 3/98*, 644; G. Vesperini, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, *Riv. trim. dir. pubbl. n. 3/98*, 655; M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, *Riv. trim. dir. pubbl. n. 3/98*, 679; A. Sandulli, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, *Gior. dir. amm. n. 10/97*, 989; R. Politi, *Semplificazione del procedimento amministrativo e riflessi sulla giurisdizione*, *Dir. proc. amm. n. 1/98*, 92; F. Mele, *La semplificazione del procedimento amministrativo nelle leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997 n. 127 (cd. legge bassanini)*, *Dir. proc. amm. n. 4/97*, 781; R. Ferrara, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, *Dir. proc. amm. n. 2/99*, 323.
- [20] Si cfr. in tal senso anche M. Tiberii, *Spunti tratti da un'insolita pronuncia del C.d.S. in tema di divieto d'intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro*, *Riv. Amm. Reg. Camp. n. 3/95*, 197, in cui si considerano le ipotesi (atipiche) di nullità dell'atto amministrativo la dimostrazione «di un sistema giuridico nel quale la linea netta di demarcazione tra il pubblico ed il privato si libera degli apriorismi teorici del passato, che li voleva quasi per necessità contrapposti, e si sbiadisce, trasformandosi in una linea tratteggiata, lungo la quale s'individuano punti che separano il pubblico dal privato e spazi vuoti, dove il pubblico ed il privato convivono prevalendo l'uno su l'altro a fasi alterne».

[21] F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, *Dir. amm.* n. 3/2002, 452.

[22] F.G. Scoca, *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, *Enc. Giur.* Treccani; F. Brignola, *Appunti sull'interesse legittimo*, Russo Editore, Caserta 1978.

[23] Guicciardi, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937, 58; sul tema più di recente F. Volpe, *Norme di relazione, norme di azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2004.

[24] Si cfr. in particolare, F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè 1990 Milano, in particolare "Interesse legittimo e diritto soggettivo nel riparto delle giurisdizioni" Cap. II p. 85 e ss.

[25] L. Corsaro, *Responsabilità civile*, *Enc. Giur.*, Treccani Vol. XXVI; F.D. Busnelli, *Illecito civile*, *Enc. Giur.* Treccani.; C. Salvi, *Danno*, *Dig. Disc. Priv.*, Vol. V, UTET, Torino, 64; P. Trimarchi, *Illecito civile*, *Enc. Dir.*, Vol. XX, Giuffrè, 93; G. Crifò, *Danno (storia)*, *Enc. Dir. Giuffrè Vol. XI*.

[26] Come noto, infatti, almeno agli inizi un problema d'illecito dell'atto amministrativo non si pone neppure a livello teorico, in questo senso ad es. M.S. Giannini, *Illecito (dir. amm.)*, *Enc. Dir.*, Vol. XX, Giuffrè 1970,112; sul tema si cfr. anche E. Casetta, *Illecito amministrativo*, *Dig. Disc. Publ.*, Vol. VIII, 1993 Torino.

[27] A. De Cupis, *Il danno (dir. vig.)*, *Enc. Dir.* Giuffrè Vol. XI; G. Visentini, *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999; S. Patti, *Danno patrimoniale*, *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Vol. V.

[28] Per un'approfondita analisi e ricostruzione della nozione dell'interesse legittimo si cfr. F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè 1990.

[29] In merito alla difficoltà di conciliare la logica dell'annullamento con la distinta logica del risarcimento del danno si cfr. A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, relazione tenuta al *La riforma della Giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna*, Palermo, 2001.

[30] Contro tale impostazione, invero, si poneva G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano Giuffrè 1980.

[31] Invero le ipotesi di risarcimento erano in passato limitate al comportamento di fatto della pubblica amministrazione, oppure all'attività iure privatorum, in tal senso si pronuncia R. Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Giuffrè Milano 1993 p. 370 e ss.; oggi tuttavia come attentamente osservato dalla dottrina l'ordinamento si è orientato verso l'equiparazione del tipo e del livello di tutela offerto per i diritti e gli interessi legittimi, in tal senso si cfr. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, 523 e ss. Sulla questione dell'attualità della giustizia amministrativa anche in un'ottica di diritto comparato e comunitario si cfr. in dottrina M. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli altri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2006, 3-4, 487, secondo cui, infatti: «La questione dei modi organizzativi e degli istituti processuali per la tutela dei singoli nei confronti della pubblica amministrazione è antica quanto l'affermazione dei principi dello Stato di diritto, ma tuttora controversa».

[32] Lo dimostra la mancanza assoluta d'intesa sulla natura giuridica dell'accesso: da una parte, infatti, vi è chi sostiene che si tratti di un diritto soggettivo (A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino 1993, p. 133; F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto d'accesso ai documenti amministrativi*, *Dir. amm.* 1994, 257; A. Scognamiglio, *Il diritto d'accesso nella disciplina della legge 7 agosto 1990, n. 241 e il problema della legittimazione*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1996, 97); dall'altra parte chi invece ritiene che si tratti di un interesse legittimo (G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in AA. VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca Vol. II, 1309; G. Paleologo, *La legge 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti amministrativi*, *Dir. proc. amm.* 1991,13).

[33] La complessità del problema viene colta anche da L. Bertozzi, *Accesso ai documenti e contraddittorio*, *Dir. proc. amm.* n. 3/1999, 824, che ha confermato come «l'attribuzione al diritto

d'accesso della natura giuridica di diritto soggettivo ovvero la sua qualificazione in termini d'interesse legittimo, nel quadro di una considerazione unitaria e indifferenziata dell'istituto, rivelino un approccio inadeguato al problema». Anche su un piano generale la dottrina sembra superare la precedente impostazione che contrappone in modo rigido il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, in questa direzione, ad es., si cita L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, *Dir. amm.*, 2006, 2, 353, nella parte in cui si afferma che: «In altri termini, il comma 1-bis sarebbe inutile se il giudice amministrativo portasse avanti la trasformazione del giudizio amministrativo per assicurare una tutela piena ed effettiva ai diritti dell'ordinamento amministrativo, già interessi legittimi, in piena conformità con l'esigenza costituzionale di giustizia nell'Amministrazione che implica, anche per gli interessi legittimi - diritti dell'ordinamento amministrativo o se si vuole diritti amministrativi dell'ordinamento generale - la piena soddisfazione attraverso il conseguimento del bene sperato (art. 2 Cost.), la rimozione degli ostacoli a tale conseguimento (art. 3 Cost.) e l'adempimento dei doveri e degli obblighi che a tali diritti a vario titolo si correlano».

[34] In questo senso si cfr. ad es. Cons. st. atti normativi, 13 febbraio 2006, n. 3586, *For. amm. CDS*, 2006, 2, 639, secondo cui il diritto d'accesso è ricostruibile quale situazione di diritto soggettivo, per le seguenti ragioni: «1) la mancanza di discrezionalità per le amministrazioni, verificati i presupposti per l'accesso, nell'adempire alla pretesa del soggetto privato di prender visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi; 2) la non necessità che il documento amministrativo sia relativo ad uno specifico procedimento; 3) la devoluzione delle controversie in materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la correlata previsione della possibilità che tale giudizio si concluda con l'ordine di un fare per l'amministrazione».

[35] Si cfr. l'art. 25 della l. n. 241/90, in base al quale: «Il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti».

[36] Sono espressione di quest'orientamento: T.A.R. - Toscana, sez. II, 06.11.2006, n. 4966, *Foro amm. TAR*, 2007, 5, 1603, secondo cui: «Il giudizio di cui all'art. 25, l. n. 241 del 1990 ha natura impugnatoria, con conseguente obbligo di notifica del ricorso a pena di inammissibilità ad almeno uno dei controinteressati, individuabili in coloro che dalla conoscenza dei documenti richiesti possano subire un pregiudizio alla propria sfera di riservatezza, quale è la sfera professionale»; nonché Cons. st. sez. IV, 26.6.2002, n. 3549, *Foro amm. CDS*, 2002, 1424, che in merito afferma: «Il giudizio introdotto con il ricorso previsto a tutela del diritto d'accesso ai documenti amministrativi ex art. 25 l. n. 241 del 1990 ha natura impugnatoria di un provvedimento autoritativo di diniego (o dell'inerzia) dell'amministrazione, per cui tale giudizio è sottoposto alla generale disciplina del processo amministrativo; ne consegue che il ricorso deve essere notificato, a pena d'inammissibilità, nel termine perentorio di trenta giorni fissato dalla legge, tanto all'organo che ha emanato l'atto impugnato, quanto ai controinteressati»; nonché T.A.R. - Piemonte Torino, sez. II, 17.9.2007, n. 2964, *Giur. Merito*, 2008, 1, 251; infine Cons. st., sez. V, 2.12.1998, n. 1725, *Giur. it.* 1999, 857.

[37] T.A.R. - Toscana, sez. I, 14.12.2007, n. 4831, *Foro amm. TAR*, 2007, 12, 3754: «Come statuito dalla decisione n. 16 del 24.6.1999 dell'Ad. Pl. del C.d.S., il procedimento giurisdizionale instaurato avverso il diniego di accesso ai documenti amministrativi ha natura e struttura impugnatoria e, come tale, segue la regola processuale di cui all'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, che impone a pena di inammissibilità la notificazione del ricorso all'organo che lo ha emesso e ad almeno uno dei controinteressati».

[38] Sono, invece, espressione di questo secondo orientamento: Cons. st., sez. IV, 16.4.1998, n. 641, *Giur. it.*, 1998, 1722; Cons. st., sez. IV, 20.2.1995, n. 108, *Giur. it.*, 1995, III, 1, 547; nonché Cons. st., sez. IV, 9.7.1998, n. 1079, *Foro amm.* 1998, 2018; in dottrina si cfr. Carnevale, *Note e considerazioni sulla disciplina del procedimento e sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi*, *TAR 1990*, II, p. 321, si configura l'accesso come diritto soggettivo pubblico; *Diritti pubblici soggettivi*, A. Baldassarre, *Enc. Giur.* Treccani; La Rocca, *Trasparenza amministrativa: diritto di accesso e di copia di documenti amministrativi*, *Nuova Rass.*, 1992, 2489.

[39] Sul punto si cfr. ad es. Cons. st., sez. IV, 9.7.98, n. 1079, *Foro amm.* 1998, 2018, secondo cui: «Nel giudizio d'accesso...i terzi sul cui interesse alla riservatezza la domanda incide direttamente sono contraddittori necessari, ma la mancata notificazione del ricorso agli stessi non ne determina l'inammissibilità, atteso che, nell'impianto normativo di cui all'art. 22 e seguenti stessa l. n. 241, il diritto d'accesso si configura come autonomo diritto soggettivo all'informazione, per cui dovendosi seguire le regole proprie delle controversie sui diritti soggettivi, anche sotto il profilo processuale, deve trovare applicazione l'art. 102 del c.p.c., configurandosi un'ipotesi di litisconsorzio necessario, atteso che il rapporto controverso è comune a più parti e necessita di una pronunzia inscindibile».

[40] In tal senso si pronuncia tra le altre il Cons. st., sez. VI, 8.7.97, n. 1117, *Foro amm.* 1997, 2013, che al riguardo afferma: «Nel giudizio relativo al ricorso proposto contro il diniego di accesso ai documenti amministrativi ai sensi dell'art. 22 l. 7 agosto 1990 n. 241, i terzi sul cui interesse alla riservatezza la domanda incide direttamente sono contraddittori necessari».

[41] Per un commento al testo dell'Ad. Pl. Cons. st., 24.6.1999, n. 16, *Guida al Diritto n. 29*, 24.7.99, 85 si cfr. C. Cacciavillani, *Il Diritto d'accesso è interesse legittimo*, *Dir. proc. amm.*, n. 1/2000, 154 e ss; nonché V. Porro, *La notifica ai controinteressati nel ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi*, *Gior. dir. amm.* n. 1/2000, 71.

[42] «Ritiene l'Ad. Pl. che vada fatta applicazione del principio per cui il giudizio previsto dall'art. 25 della l. n. 241/90 (salve le deroghe espresse) è sottoposto alla generale disciplina del processo amministrativo...» sul punto si cfr. anche Cons. st., sez. VI, 16.12.1998 n. 1683, *Giur. it.* 1999, 849; Cons. st., sez. VI, 8.7.1998 n. 1051, *Foro amm.* 1998, 2122; Cons. st., sez. VI, 10.2.1996 n. 184, *Foro amm.* 1996, 459.

[43] «Tra i principi generali del processo amministrativo, vi è quello sancito dall'art. 21, comma 1, della l. n. 1034/1971, per il quale il ricorso dev'essere notificato tanto all'organo che ha emanato l'atto impugnato quanto ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno uno tra essi...» così Ad. Pl. Cons. st., n. 16/99, *Guida al Diritto n. 29*, 24.7.99, 85.

[44] «Il termine diritto più volte adoperato nel senso più generico dal legislatore nei citati artt. 22 e ss., va interpretato alla luce della norma che prescrive il termine perentorio per la proposizione del ricorso, nonché delle regole generali del processo amministrativo di legittimità...chi aspira a concludere un contratto di appalto con la pubblica amministrazione o ad essere proclamato eletto in una competizione elettorale ha diritto secondo il linguaggio comune, ma sul piano giuridico può impugnare innanzi al giudice amministrativo, entro il prescritto termine di decadenza, il provvedimento concretamente lesivo che ha disconosciuto tale posizione da qualificare come interesse legittimo» così Ad. Pl. Cons. st. n. 16/99, *Guida al Diritto n. 29*, 24.7.99, 85.

[45] Espresso dalla suddetta Ad. Pl. Cons. st., n. 16/99, *Guida al Diritto n. 29*, 24.7.99, 85.

[46] Si cfr. in tal senso Cons. st., sez. VI, 16.2.2005, n. 504, *Foro amm. CDS*, 2005, 570, che sul punto afferma: «Sebbene l'Ad. Pl. ritenga il ricorso previsto dall'art. 25 l. n. 241/90, in materia d'accesso fondato su posizioni di interesse legittimo con il conseguente onere di notifica al controinteressato art. 1 l. Tar, un cospicuo orientamento giurisprudenziale ha al contrario rilevato che il medesimo ricorso si basi su una posizione sostanziale avente natura di diritto soggettivo, con le conseguenti implicazioni processuali; donde va senz'altro concesso il beneficio dell'errore scusabile a chi abbia proposto il ricorso, impostando il processo come se si chiedesse la tutela di un diritto soggettivo».

[47] Si pronunciano in favore della natura di diritto soggettivo dell'accesso T.A.R. – Reggio Calabria, 17.3.2003 n. 198, *Foro amm. TAR*, 2003, 1086; nonché Cons. st., sez. VI, 27.5.2003, n. 2938, *Giust. civ.* 2004; I, 846.

[48] Si cfr. Cons. st., Atti norm., 13.2.2006, n. 3586, *For. amm. CDS*, 2006, 2, 639; Cons. st., sez. VI, 27.5.2003, n. 2938, *Giust. civ.* 2004, I, 846; nonché Cons. st., sez. IV, 22.3.2007, n. 1393, *Foro amm. CDS*, 2007, 3, 881: «Al diritto d'accesso ai documenti, ossia alla posizione giuridica di cui è titolare il soggetto in vista dell'accesso medesimo, deve essere riconosciuta natura autonoma»; oppure Cons. st., sez. IV 2.10.2006, n. 5752, *Foro amm. CDS*, 2006, 10, 2748: «Il diritto di accesso

ai documenti amministrativi ha natura autonoma rispetto alla posizione giuridica posta a base della relativa istanza».

[49] Il rispetto del termine di trenta giorni è stato confermato di recente dalla decisione del T.A.R. - Bari, sez. I, 12.9.2002, n. 3940, *Dir. proc. amm.* 2003, 309, che lo ha considerato presupposto di ammissibilità anche per la presentazione dell'istanza incidentale di accesso in pendenza del giudizio principale, con il commento di L. Bertonazzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*, *Dir. proc. amm.* n. 1/2003, 311.

[50] In proposito si cfr. ancora Cons. st., sez. VI, 27.5.2003, n. 2938, *Giust. civ.* 2004; I, 846, nella parte in cui si rileva che: «Il diritto di accesso può essere esercitato nuovamente anche dopo l'inutile decorso del termine di trenta giorni per ricorrere avverso il diniego o il silenzio dell'amministrazione, stabilito dall'art. 25, comma 5, della l. n. 241/90; quest'ultima disposizione va, infatti, intesa nel senso che il richiedente, nel caso in cui non abbia proposto tempestivo ricorso giurisdizionale, non ha più titolo ad ottenere l'esecuzione coattiva dell'accesso da parte del giudice sulla base della domanda d'accesso già presentata e rimasta infruttuosa, ma conserva il diritto di presentare una nuova domanda».

[51] Si cfr. in merito Cons. st., sez. VI, 7.6.2006, n. 3431, *Riv. giur. edilizia* 2006, 6 1419.

[52] Si cfr. Cons. st., Ad. Pl., 18.4.2006, n. 6 e 20.4.2006, n. 7, *Dir. proc. amm.*, 2007, 156.

[53] Si cfr. in merito G. Bacosi, *Accesso e privacy prima e dopo la riforma della l. n. 241/1990: l'emblematico caso Inail. Spunti su un fantomatico diritto e su un esercizio negletto*, *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 358, secondo cui: «il presunto interesse legittimo altro non è che un peculiare diritto soggettivo relativo di credito la cui operatività appare risolutivamente condizionata alla compatibilità con l'interesse pubblico...».

[54] Si cfr. M. Tiberii, *op. ult. cit.*, 39. Quest'impostazione, tendente ad evidenziare la natura giuridica bivalente dell'accesso, sembra condivisa di recente anche da L. Bertonazzi, *Accesso ai documenti e contraddittorio*, *Dir. proc. amm.* n. 3/99, 825, osserva che: «La qualificazione del diritto di accesso in termini di diritto soggettivo pieno ovvero in termini di interesse legittimo (puro o pretensivo) rappresenta una risposta relativamente semplicistica ad un problema che merita una soluzione più articolata». Anche, infatti, a voler aderire alla tesi del diritto soggettivo pieno si dovrebbe comunque riconoscere la specialità di una situazione giuridica di diritto la cui tutela processuale è sottoposta all'applicazione di un termine perentorio di decadenza piuttosto che una prescrizione ordinaria. Sembra cogliere la difficoltà di inquadrare la natura giuridica dell'accesso Cons. st., Ad. Pl., 18.4.2006 n. 6, *Dir. proc. amm.* 2007, 156, secondo cui: «Il diritto di accesso agli atti amministrativi, al di là della questione circa la sua natura giuridica (e cioè sulla sua configurabilità come diritto soggettivo o come interesse legittimo), ancora dibattuta, costituisce una situazione soggettiva che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, ormai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risulta caratterizzata per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi); in tale prospettiva, la tutela giurisdizionale dell'accesso è volta ad assicurare la protezione dell'interesse giuridicamente rilevante»; *Foro it.*, 2006, III, 377, con nota di M. Occhiena, *Diritto di accesso, sua «natura camaleontica» e adunanza plenaria 6/06*, *ivi*, 378. La decisione dell'Ad. Pl. n. 6 del 2006 (in una con la pronuncia «gemella» n. 7 del 20 aprile 2006) è stata pubblicata anche in *Dir. proc. amm.*, 2007, 156, con nota di L. Bertonazzi; nonché A. Scognamiglio, *Tutela giurisdizionale del diritto di accesso e termini di decadenza*, *For. amm. CDS*, 2006, 9, 2484; infine D. Lamanna Di Salvo – G. Raimondo, *Gli orientamenti giurisprudenziali sul diritto di accesso*, *Giur. Merito*, 2008, 2, 310.

[55] Si cfr. in merito Corte cost., 6.7.2004, n. 204, *Riv. giur. edilizia*, 2006, 6 1419, che in proposito afferma: «Nel disegno voluto dal costituente, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo non può mai avvenire per il solo fatto che parte in causa sia la p.a., ma deve avvenire sulla base della concreta situazione giuridica dedotta in giudizio (diritto soggettivo o interesse legittimo)», con nota di M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di*

Corte cost. n. 204 del 2004), *Riv. giur. edilizia* 2004, 4, 1; nonché di R. Proietti, *Braccio di ferro sulle centrali di energia – Ora sarà la Consulta a scegliere l'arbitro*, D&G, 2005, 20.

[56] Sulla questione della giurisdizione si cfr. R. Villata, *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2007.

[57] Si cfr. in merito Corte cost. 11.5.2006, n. 191, *Giust. Civ.*, 2007, 9 1831, laddove si osserva che: «è evidente che il vigente art. 103, primo comma, Cost., non ha conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al g. a. di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali la tutela nei confronti della p. a. investe anche" diritti soggettivi. Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità...», con nota di F. Galluzzo, *La Corte costituzionale conferma la sua posizione sui comportamenti e rivaluta il risarcimento del danno. Evoluzione e nuovi contrasti tra Cassazione e Consiglio di Stato*, *Giust. civ.* 2007, 9, 1832.

[58] E' la nota sentenza della Cass. civ. SS. UU. 22.7.1999, n. 500, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1999, 1108, che afferma: «Ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giudicata vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all'ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata da un interesse giuridicamente rilevante. Non essendo possibile, in ragione dell'atipicità del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., stabilire a priori quali siano gli interessi meritevoli di tutela... », sul tema si cfr. anche la successiva con nota di S. Verzaro, *L'azione di risarcimento del danno verso la pubblica amministrazione. Il "contatto amministrativo" convince il Consiglio di Stato: effetti sulla prova della colpa dell'amministrazione*, *Resp. civ. e prev.* 2001, 4-5, 975.

[59] «Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali» art. 7 l. n. 1034/71, come modificato dall'art. 7 l. n. 205/2000; in senso critico sull'impianto normativo della riforma si cfr. G. Leone, *Brevi note a margine della l. n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il giusto processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, n. 3/2001, 645.

[60] Sul tema si cfr. per un inquadramento recente M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Giuffrè, 2006; S.R. Massera, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006; A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2002; F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli Torino 2000; F. Caringella, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Giuffrè, Milano 2000

[61] In tal senso si è espressa Cass. civ. n. 500/1999, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1999, 1108, che parla di: «diritto al risarcimento del danno, che è diritto distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto (che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo...)»; nonché T.A.R. Friuli - Venezia Giulia, 23.4.2001, n. 179, *Dir. & Formazione* 2001, 335.

[62] In tal senso sembrano orientati tutti coloro che aderiscono alla tesi del diritto al risarcimento come diritto patrimoniale consequenziale all'annullamento dell'atto, schierandosi in favore della regola della pregiudizialità – dipendenza, tra i quali si cfr. P. Virga, *Pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento*, *Giust.it*, n. 5/2000; D. De Pretis, *Pregiudizialità o concorrenzialità fra azione di annullamento e tutela risarcitoria*, *Diritto e Formazione* n. 12/2002, 1685 e ss.; si cfr. sul tema il noto lavoro di A. Romano, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, *For. it.*, 1999,I, 3222.

[63] In merito A. Romano, *op. ult. cit.*, 624, evidenzia che il rispetto dell'art. 103 Cost., «se consente l'attribuzione al giudice amministrativo, in determinate materie, anche della tutela di diritti

soggettivi, non prevede l'ipotesi che il giudice civile tuteli anche interessi legittimi». Peraltro la giurisdizione sul pubblico impiego del giudice ordinario non potrebbe considerarsi di tipo esclusivo posto che: «i rapporti di lavoro con le amministrazioni...sono stati privatizzati...e se l'amministrazione li gestisce con i poteri accordati dal codice civile e dal diritto del lavoro agli imprenditori privati, non si vede quale spazio possa avere sui relativi atti»; sul tema degli interessi legittimi nel diritto privato si rinvia a Bigliuzzi Geri, *Gli interessi legittimi in diritto privato*, Milano 1967.

[64] Quest'articolo ha recepito il testo dell'art. 68 del d.lgs. n. 29/93, con le modifiche introdotte dall'art. 33 del d.lgs. n. 546 del 1993 e poi dall'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998 e successivamente modificato dall'art. 18 d.lgs. vo n. 387/98.

[65] Cfr. in merito Cass. civ., S.U., 27.2.2008, n. 5078, *Giust. civ. Mass. 2008*, 2, secondo cui: «la nomina a direttore dell'"Ente parco nazionale del Vesuvio" non implica una procedura a carattere concorsuale, sia perché è assente il carattere essenziale dell'indicazione di una scelta-graduatoria fondata sulla prevalenza di maggiore idoneità nell'esercizio delle funzioni di direttore del parco di alcuni candidati su altri ...la normativa di carattere generale che attribuisce al g.o. la cognizione sulle controversie concernenti il conferimento di incarichi dirigenziali (art. 63, comma 1, d.lg. n. 165 del 2001), ancorché in esse vengano in questione atti amministrativi presupposti. Ne consegue che la nomina a direttore del predetto Ente si risolve in una "determinazione per l'organizzazione degli uffici" ai sensi dell'art. 5 del d.lg. n. 165 del 2001, così da configurarsi come espressione di un potere privato del datore di lavoro, e la controversia in base alla quale se ne chieda l'annullamento rientra nella giurisdizione del g.o.; nonché Cass. civ., S.U., 1.3.2006, n. 4517, *Foro amm. CDS 2006*, 6 1720, Cass. civ., S.U. n. 11722/2005, *Foro amm. CDS 2006*, 3 749, Cass. S.U. n. 15340/2006, *Foro amm. CDS 2006*, 11,3001.

[66] Si cfr. in merito P. Picone, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario, Lavoro nelle P.A.*, 2006, 3-4-, 579; nonché B. Gagliardi, *Estensione della nozione di pubblico concorso e tutela giurisdizionale, For. amm. CDS*, 2007, 6, 1761.

[67] La Cassazione civile è intervenuta, con la decisione a S.U. del 15.10.2003 n. 15403, *Riv. corte conti 2003*, 6 214, rilevando: «La giurisdizione del g.a. sulle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti pubblici sussiste non solo con riferimento alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore». In merito si cfr. il commento di S. Mezzacapo, *Lo sviluppo di carriera del dipendente pubblico deve essere equiparato a una nuova assunzione, Guida al Dir. n. 44/2003*; nonché M. Minniti, *Pubblico impiego: sui concorsi per promozioni la Corte vira di bordo, Diritto e Giustizia*, n. 40/2003 p. 12.

[68] Si cfr. in merito Cons. st., sez. V, 10.8.2007, n. 4434, secondo cui: «Sono sottoposte all'autorità giurisdizionale amministrativa le controversie concernenti le procedure selettive per l'instaurazione dei suddetti rapporti, che partono dalla conclusione delle prove concorsuali sino all'approvazione della graduatoria, nei casi di concorsi pubblici o per la promozione del personale ad una categoria più elevata (c.d. progressione verticale)»; nonché Cons. st., sez. IV, 4.12.2007, n. 6168, *Foro amm. CDS 2007*, 12 3387, che in merito afferma: «Ai sensi dell'art. 68, d.lg. 3.2.1993 n. 29, trasfuso nell'art. 63, t.u. 20 marzo 2001 n. 165, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'espletamento di un concorso interno per il passaggio ad un'area diversa».

[69] Si cfr. Cass. civ. S.U., 6.6.2005, n. 11716, *Giust. civ. Mass. 2005*, 6; nonché T.A.R. - Lazio Roma, sez. III, 5.12.2007, n. 12493, *Foro amm. TAR 2007*, 12 3821, secondo cui: «La vicenda modificativa del rapporto di lavoro con un'Amministrazione Pubblica, quale quella attinente allo svolgimento di un concorso interno, è attribuita alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria allorché il bando di concorso riservato al personale interno ed il conseguente svolgimento della procedura selettiva rappresentano atti di gestione del rapporto di lavoro, espressione della capacità di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro, ex art. 4, d.lg. 3 febbraio 1993 n. 29, sostituito dall'art. 4, d.lg. 31 marzo 1998 n. 80 (ora art. 5 comma 2, T.U. n. 165 del 2001), ma non anche

quando si tratta di prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale ad una fascia od area superiore a quella di appartenenza». In dottrina si cfr. sul problema A. Corpaci, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni in carriera*, *Lav. nelle P.A.*, 2007, 2, 375; nonché P. Picone, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, *Lavoro nelle P.A.*, 2006, 3-4-, 579.

[70] Sul tema cfr. L. Busico, *Concorsi interni: riflessione sulla giurisdizione*, *Giust.it Riv. on-line n. 2/2003*.

[71] In tal senso si pronuncia ad es. Cass. civ., S.U., 6.2.2003, n. 1807, *Giur. it.* 2003, 1244, secondo cui: «Emerge chiara la consapevolezza dell'impossibilità di privatizzare i rapporti di lavoro senza privatizzare anche, in qualche modo, l'organizzazione entro la quale il lavoro è prestato. In caso contrario, non sarebbero stati concepibili atti di gestione del rapporto di lavoro se non accompagnati, doppiati, da atti amministrativi organizzativi e la controversia di lavoro avrebbe necessariamente implicato sempre questioni di legittimità dell'atto amministrativo, rendendo vano l'intento di parificare i poteri della p.a. a quelli di ogni altro datore di lavoro».

[72] L'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 è stato oggetto della modifica introdotta dalla legge n. 145/2002, e successivamente dall'art. 14-sexies, comma 1, del d.l. 30.6.2005, n. 115.

[73] Il tema è stato di recente esaminato da L. Oliveri, *La natura giuridica del provvedimento di conferimento degli incarichi dirigenziali, ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 165/2001*, *Giust.it Riv. on-line n. 4/2003*, in cui si sottolinea che «la novella apportata dalla legge 145/2002 all'art. 19 del d.lgs. 165/2001, stabilendo che gli incarichi dirigenziali sono assegnati mediante provvedimento» ha posto il problema della natura «privatistica o pubblicistica» di tale atto.

[74] In merito si cfr. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Vol. II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Cedam, Padova 2001.

[75] F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2002, il quale pur riconoscendo la categoria della giurisdizione piena del g.o. considera il contenzioso sul pubblico impiego un'occasione mancata per introdurla.

[76] La Corte cost. n. 275/2001, *Informazione previd. 2001, 981*, infatti, rilevando che il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, può adottare nei confronti delle pubbliche amministrazioni, «tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati», ha ritenuto che allo stesso giudice ordinario «resta affidata la pienezza della tutela, estesa a tutte le garanzie procedurali del rapporto previste dalla legge e dai contratti e quindi comprende anche vizi formali».

[77] Ed invero soltanto per la giustizia amministrativa l'art. 103 prevede che oltre ad una competenza in materia di interessi legittimi si possa aggiungere «in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

[78] L'art. 113 Cost. così stabilisce: «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie d'atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa».

[79] Si cfr. in proposito l'ordinanza della Corte cost. n. 140/2001, *Corriere giuridico 2001, 1023*, in materia di cittadino extracomunitario, nella quale si afferma che si può attribuire un potere di annullamento e «speciali effetti anche sostitutivi dell'azione amministrativa, inadempiente rispetto a diritti che lo stesso legislatore considera prioritari, anche se ciò può comportare la necessità da parte del giudice di valutazioni e apprezzamenti non del tutto vincolati»; nonché Corte cost., 23.5.2001, n. 275, *Informazione previd. 2001, 981*, la quale in materia di pubblico impiego, premesso che tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro ed il conferimento degli incarichi dirigenziali sono devolute al giudice ordinario, evidenzia che la tutela accordata dal giudice ordinario è piena «in quanto il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, è abilitato ad adottare, nei confronti delle

pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati, con capacità di produrre anche effetti costitutivi o estintivi del rapporto di lavoro”.

[80] Borghesi, *La giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato, in Il processo del lavoro*, UTET Torino, 2005, 34; nonché L. Menghini, *Tutela del lavoratore pubblico e disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, Lavoro nelle P.A.*, 2006, 1,3.

[81] Si cfr. in tale prospettiva A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Vol. I, Padova, 2000, 214 e ss.

[82] V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, 19, 39 e 85, l'autore rileva infatti che lo scopo dell'istituzione della giurisdizione esclusiva o "piena" è soprattutto superare le difficoltà derivanti dalla corretta individuazione della natura della situazione giuridica; nonché A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, 523 e ss. secondo cui nell'ambito della riforma della giustizia amministrativa: «le nuove garanzie di tutela assicurate alla giurisdizione piena del giudice amministrativo agli interessi legittimi...alimentano il dubbio che le nuove norme abbiano in realtà parificato la protezione giurisdizionale assicurata a tutte le diverse situazioni giuridiche...».

[83] Per un inquadramento generale delle problematiche sulle nozioni di parti nel processo amministrativo si consulti E. Sticchi Damiani, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè 1988.

[84] L'elemento formale risultava, tuttavia, assorbire l'elemento sostanziale, infatti G. Abbamonte, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XX, *Giustizia amministrativa*, 1997, rileva che: «Secondo una diffusa giurisprudenza i controinteressati, ai quali deve notificarsi il ricorso, non sono soltanto i soggetti nominativamente indicati nell'atto che s'impugna, ma anche coloro che, essendo facilmente individuabili attraverso il testo del provvedimento, possano essere identificati in relazione all'essenza ed alla natura dell'atto (cfr. tra le altre Sez. IV, 28.7.1981, n. 514, in Cons. St., 1982, I, 832). E' notevole, però, che la giurisprudenza, sia aderendo a quelli che sono i testi di legge in materia sia per non gravare eccessivamente gli adempimenti imposti al ricorrente nel breve termine per ricorrere, non vada oltre gli elementi desumibili dal testo del provvedimento pur superando l'estremo dell'indicazione nominativa (Ad. Pl. 21. 6.1996 n. 9)».

[85] Cfr. sul tema della tutela del terzo nel sistema processuale amministrativo e sull'individuazione dei terzi cui siano da assicurare particolare forme di tutela si cfr. D. Corletto, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo, Padova Cedam 1992*, come si osserva nello studio suindicato la giurisprudenza ha sviluppato la tendenza: « ad interpretare preferibilmente l'indicazione delle persone (o controinteressati) alle quali l'atto direttamente si riferisce in termini formali, come riferita a chi risulti indicato, espressamente nominato nel testo dell'atto...» p. 147 e ss.; M. Occhiena, *Osservazioni sulla categoria dei controinteressati, Giur. It. Vol. CXLIII, 1991, Parte III, Sez. I, 28 e ss.*; F. Patroni Griffi, *Spunti riflessivi sulla legittimazione all'appello: controinteressato e terzo, Dir. proc. amm. n. 2/91, 244.*

[86] Ovvero di contenuto opposto a quello di cui risultava titolare il ricorrente. Si deve a F. Pugliese il merito della battaglia condotta per l'individuazione del "controinteressato sostanziale", si cfr. la nota monografia dal titolo *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, in particolare il cap. III, *Verso la nozione di controinteressato sostanziale*, 165 e ss., Napoli 1989; nonché V. Parisio, *Brevi riflessioni in tema di appello dei controinteressati sostanziali*, Giur. It. Vol. CXLI, 1989, III, 1, p. 185; M. Ramajoli, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo, Dir. proc. amm.*, 1999.

[87] L'art. 21 della l. n. 1034/1971 dispone che: «Il ricorso dev'essere notificato...ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno alcuni fra essi...». L'avverbio "direttamente" è stato dunque, allo scopo di agevolare la proponibilità dell'azione, interpretato come sinonimo di "esplicitamente", negando l'esistenza del controinteressato laddove la sua identificazione potesse risultare operazione di difficile soluzione. «Il piano della conoscibilità del controinteressato è stato così avvicinato, fatto combaciare, e sovrapposto a quello della sua esistenza, al punto che quest'ultimo (piano) è rimasto schiacciato dal primo» così M. Tiberii, *La*

tutela del terzo al bivio tra il rimedio dell'appello e/o dell'opposizione: una questione (non solo) di competenza, Dir. proc. amm. n. 2/99, 500.

[88] Invece si cfr. in proposito T.A.R. - Lazio Roma, sez. I, 4.4.2006, n. 2369, *Foro amm. TAR 2006, 4 1323*, secondo cui: «È inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto avverso il silenzio della p.a. sull'istanza di accesso ai documenti amministrativi, ove non risulti notificato anche al soggetto controinteressato»; nonché T.A.R. - Lazio Roma, sez. II, 14 giugno 2005, n. 4859, *Foro amm. TAR 2005, 6 2032* «È inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto avverso il silenzio della p.a. sull'istanza di accesso a documenti amministrativi, ove non risulti notificato al soggetto controinteressato. Infatti, per interpretazione costante ed in base a quanto disposto dalle norme procedurali, il giudizio avverso il diniego di accesso dinanzi al g.a., che si svolge in camera di consiglio, deve mantenere integre le garanzie del contraddittorio, stante la natura impugnatoria dello stesso, e, pertanto, deve rispettare le regole in materia di notifica ad eventuali controinteressati».

[89] Sul tema si cfr. ad es. Cons. st., sez. V, 15.9.94, n. 713, *Foro amm. 1994, 2081*, con nota di F. Figorilli, *Il contraddittorio nel giudizio speciale sul diritto d'accesso, Dir. proc. amm. n. 3/95, 584.*

[90] Già E. Sticchi Damiani, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano 1988, 116 aveva tuttavia in precedenza notato che il criterio dell'atto «è capace di definire solo i soggetti minimi (ricorrente, amministrazione emanante, controinteressati emergenti dall'atto) tra cui si dovrà instaurare il rapporto processuale. Esso denuncia i suoi limiti intrinseci allorchè vengano in esame le posizioni di parti, quali il controinteressato non emergente dall'atto e il controinteressato, che, pur non contemplato nel provvedimento impugnato, hanno precise ragioni di possibile presenza nel processo, senza che peraltro il criterio oggettivo dell'atto possa, in quanto tale, fornire alcuna indicazione al riguardo». L'autore propone di sostituire il criterio dell'atto: «il criterio di individuazione delle parti necessarie più aderente alla realtà non è quello dell'atto, che della realtà offre solo un'incompleta cristallizzazione, ma quello degli interessi sostanziali coinvolti dall'atto, di quegli interessi cioè che l'esercizio della funzione ha necessariamente toccato... ».

[91] Secondo R. Jhering, «Gli istituti e i concetti stanno alle proposizioni normative e ai principi come la materia viva sta alla materia inerte. Le realtà che ora costituiscono il diritto sono esistenze, esseri viventi, veri e propri corpi dotati di una vita interna: nascono e si trasformano... » così A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Giuffrè Milano 1983, 174.

[92] Espressione di quest'impostazione che ormai sembra superata appare questa pronuncia nella quale si affermava che: «Poiché la qualificazione di controinteressato spetta ai soggetti individuati o individuabili nell'atto impugnato, e poiché nel ricorso avverso il silenzio della p.a. non si impugna un atto amministrativo, nel relativo giudizio non sono configurabili controinteressati ai quali il ricorso deve essere notificato», così letteralmente in T.A.R. - Lombardia Milano, sez. II, 20.11.2002, n. 4511; *Foro amm. TAR 2002, 3555*, anche grazie all'evoluzione della nozione in materia di accesso la più recente giurisprudenza ha, invece, riconosciuto che: «La regola che impone la notifica del ricorso ai controinteressati, consacrata nell'art. 21 comma 1, legge Tar, pur formulata con specifico riferimento ai giudizi tipicamente impugnatori, esprime il principio generale della necessaria instaurazione di un contraddittorio processuale integro, che comprenda cioè tutti i soggetti direttamente interessati dall'esito del ricorso; pertanto, l'onere processuale ivi previsto deve intendersi applicabile a tutti i ricorsi (anche se preordinati all'annullamento di un atto amministrativo) in cui risulti configurabile l'esistenza di soggetti titolari di un interesse contrario a quello di chi propone la domanda e che potrebbero, pertanto, essere pregiudicati dall'adozione del provvedimento giurisdizionale invocato dal ricorrente. In particolare, la valenza generale della regola del contraddittorio e la necessità di valorizzare le presupposte esigenze di tutela e di garanzia processuale dei soggetti titolari di posizioni antitetichette a quelle del ricorrente inducono a riconoscere la qualità di controinteressato al soggetto che, nei giudizi di impugnazione del silenzio-rifiuto, resta direttamente pregiudicato dalla dichiarazione dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere» si cfr. in merito T.A.R. - Campania Napoli, sez. V, 21.3.2007, n. 2611, *Foro amm. TAR 2007, 3 1069*; nonché si cfr. T.A.R. - Lazio Roma, sez. III, 05.3.2007, n. 2047, *Foro amm. TAR 2007, 3 967*, secondo cui: «la qualificazione di controinteressato va riconosciuta a chi, nei giudizi di accertamento, riceve un pregiudizio immediato dalla pronuncia dichiarativa; consegue

che è controinteressato il soggetto che, nei giudizi di impugnazione del silenzio rifiuto, resta direttamente pregiudicato dalla dichiarazione dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere».

[93] Si cfr. in proposito M. Mazzamuto, *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto d'accesso*, *Dir. proc. amm.* n. 1/95, p. 96 e ss.; nonché M. Clarich, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, *Dir. proc. amm.* n. 3/1996, 431, che sul punto rileva come: «un filone consistente della giurisprudenza si sta orientando nel senso di attribuire al titolare del diritto alla riservatezza la posizione di controinteressato nel processo. In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto conforme ai principi generali che come il richiedente è legittimato ad impugnare il diniego di accesso opposto dall'amministrazione, così anche il terzo, cui la documentazione pertiene, sia legittimato ad impugnare il provvedimento di accoglimento dell'istanza di accesso che ritenga lesivo del suo diritto alla riservatezza ovvero a contraddire alla pretesa di accesso azionata giudizialmente dal richiedente».

[94] Sul punto si cfr. la recente decisione del T.A.R. - Bari, sez. I, 12.9.2002 n. 3940, *Dir. proc. amm.* 2003, 309, che dichiara inammissibile l'impugnazione di un diniego di accesso, svolto nelle forme dell'istanza incidentale, poiché non notificata «ai 4 candidati ai quali... va riconosciuta la qualità di controinteressati all'accoglimento del ricorso, perché interessati alla riservatezza dei documenti oggetto della domanda di accesso», nonché si cfr. il commento di L. Bertozzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*, *Dir. proc. amm.* n. 1/2003, 311 e ss., nella parte in cui si pone l'interrogativo sulla necessità di notificare l'atto non soltanto ad uno ma a dirittura a tutti i controinteressati: «ci si chiede quid iuris se l'istanza incidentale di accesso fosse stata notificata ad uno soltanto dei quattro controinteressati?».

[95] Si cfr. in merito T.A.R. - Campania Napoli, sez. V, 17.11.2006, n. 9836, *Foro amm. TAR 2006*, II 3628, secondo cui: «La rilevanza nel procedimento di accesso (e, naturalmente e a fortiori, nel giudizio speciale di cui all'art. 25, l. n. 241 del 1990 dinanzi al g.a.) della posizione del controinteressato, rilevanza già conclamata nella prevalente e costante giurisprudenza amministrativa, è stata da ultimo consacrata nel testo legislativo nella nuova formulazione dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, come introdotta dalla l. n. 15 del 2005: a mente della lett. c) del comma 1 di tale articolo, infatti, si intende per "controinteressati" tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza. Mentre per la fase procedimentale (procedimento per l'accesso, disciplinato dal Capo V, l. n. 241 e dal regolamento di cui al d.P.R. 12 aprile 2006 n. 184) è previsto che l'onere di integrazione del contraddittorio, mediante chiamata nel procedimento dei soggetti controinteressati, incomba sull'amministrazione richiesta di accesso, nulla nella legge sul procedimento è detto in merito al ricorso giurisdizionale dinanzi al g.a. previsto dai commi 5, 5 bis e 6 dell'art. 25; ne consegue che trovano applicazione per tale speciale rito le regole processuali generali, in base alle quali è inammissibile il ricorso che non sia stato notificato, a cura del ricorrente, ad almeno uno dei soggetti controinteressati "ai quali l'atto direttamente si riferisce" (art. 21 comma 1, legge Tar n. 1034 del 1971)».

[96] Per un esame della casistica sul punto si cfr. M. Lipari, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005, n. 15)*, *Giustamm.it - rivista di dir. pubbl.* n. 5/2005.

[97] Con il passare del tempo, infatti, la giurisdizione di legittimità e di "spettanza" del giudice amministrativo - come è stata autorevolmente definita la giurisdizione sul risarcimento danni da G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e di spettanza*, *Dir. proc. amm.* n. 2/2001, 287 e ss. - finiranno sempre di più col risultare reciprocamente condizionate.

[98] P.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Cedam, 2000.

[99] Sul tema dell'accesso agli atti di diritto privato utilizzati dalla p.a. si cfr. 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.* n. 2/1998, 377; nonché Cons. st., sez. IV, 7.7.99, n. 295 con nota di V. Cerulli Irelli, *Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*, *Gior. dir. amm.* n. 11/1997, 1057; Cons. st., sez.

IV, 16.2.1999, n. 743 con nota di A. Stefanoni, *L'accesso agli atti di collaudo nei pubblici appalti*, *Gior. dir. amm.* n. 3/2000, 262.

Sul tema dell'attività di diritto privato e/o contrattuale della p.a. la letteratura è vasta si cfr.: Amorth, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 1; Cantucci M., *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova 1941. Greco G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli Torino 2003; Bardusco, *La struttura dei contratti della pubblica amministrazione*, Milano 1974; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Giuffrè Milano 1996; C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, *Dir. Pubbl.*, 2/1995 pp. 392; A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli 1988; C. Marzuoli, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano 1982; E. Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano 1993; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino 1997; S. Raimondi, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano 1970; S.A. Romano, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano 1979; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano 1996.

[100] Cons. st., sez. V, 17.12.1996 n. 1559, *Foro Amm.* 1996, 3316; contro invece cfr. Cons. st., sez. IV, 17.6.1997 n. 649, *Foro Amm.* 1998, 11-12, secondo cui l'attività di diritto privato «costituisce cura concreta di interessi della collettività non meno dell'attività di diritto amministrativo», pertanto non è possibile «discriminare l'attuazione della trasparenza e dell'imparzialità in base al criterio formale del regime giuridico dell'attività delle pubbliche amministrazioni»; per una posizione intermedia, invece, si cfr. Cons. st., sez. IV, 15.1.1998 n. 14, *Studium Juris* 1998, 692, secondo cui l'accesso va ammesso tranne quando si tratti di «attività esclusivamente privatistica e del tutto disancorata dall'interesse pubblico di settore istituzionalmente rimesso alle cure dell'apparato amministrativo».

[101] Si cfr. in proposito G. Caia, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, *Diritto Amministrativo*, Monduzzi Bologna 2001, 923, in particolare la *Sez. II Delimitazione, Funzione amministrativa e servizio pubblico: criteri di distinzione*, op. ult. cit., 937.

[102] Cfr. F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, *Dir. amm.* n. 3/2002, 453, secondo cui: «l'amministrazione esercita sempre lo stesso potere (precettivo), che può essere autoritativo o meno, ma rimane sempre un potere funzionalizzato. Non essendo un potere libero, non è possibile confonderlo con l'autonomia privata; essendo sempre lo stesso, esso è disciplinato almeno nelle linee fondamentali, sempre nello stesso modo. Per esso vige un solo statuto giuridico».

[103] In merito si cfr. l'Ad. Pl. Cons. st., 22.4.1999, n. 4, *Cons. Stato* 1999, II, 1783, secondo cui: «...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. Per tutti gli atti dell'amministrazione pubblica sussistono le esigenze della trasparenza, che agevola il concreto perseguimento dei valori costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità; pertanto, la normativa sull'accesso ai documenti amministrativi ha il medesimo ambito di applicazione dell'art. 97 Cost. e riguarda gli atti dell'amministrazione in quanto tali, a nulla rilevando, ai fini dell'accesso, la loro disciplina sostanziale pubblicistica o privatistica...»; già prima dell'intervento dell'Ad. Pl. si cfr. Cons. st., sez. IV, 4.2.1997, n. 82, *Foro Amm.* 1997, 429 secondo cui: «Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi viene correlato dalla l. n. 241/90 non agli atti amministrativi, ma all'attività amministrativa, la quale comprende nel suo ambito concettuale sia l'attività di diritto amministrativo che l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione. Inoltre, la nozione allargata di documento amministrativo proposta dall'art. 22 c. 1, l. n. 241/90 comprende in generale gli atti comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa. Pertanto il diritto d'accesso può essere esercitato anche nei confronti degli atti di diritto privato della pubblica amministrazione...» con nota di M. Bombardelli, *La riduzione dei limiti all'accesso ai documenti amministrativi*, *Gior. dir. amm.* n. 11/1997 p. 1015 e ss.; oppure T.A.R. – Bari sez. II, 28.3.98, n. 359, *Foro Amm.* 1998, 11-12, secondo cui: «Oggetto del diritto d'accesso previsto dalla

l. 7.8.1990 n. 241 possono essere anche documenti rappresentativi di atti espressivi di attività retta, in linea di principio, da regole di diritto comune o privato, purchè collegati alla cura d'interessi pubblici settoriali dell'amministrazione»; contro invece la precedente T.A.R. – Roma sez. III, 20.1.98, n. 201, *T.A.R. 1998, I, 445*, secondo la quale: «Non è esercitabile il diritto d'accesso nei confronti di atti che non hanno natura autoritativa, ma paritetica e facenti parte di un procedimento negoziale».

Per un'attenta ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in merito all'applicabilità della disciplina dell'accesso nei confronti dell'attività di diritto privato della p.a. si cfr. R. Garofoli, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè 1999, in particolare Cap. IV *Accesso, attività di diritto privato e principali questioni applicative*, 115 e ss. Su questo tema si cfr. anche E. Cannada Bartoli, *Accesso ad atti di diritto privato di pubbliche amministrazioni*, *Giur. It.* 1997, III; V. Cerulli Irelli, *Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge merloni*, *Gior. dir. amm.* n. 11/1999, 1062 in commento della sentenza del Cons. st., sez. V, 7.6.1999 n. 295, *Giornale dir. amm.* 1999, 1057, A. Baldanza, *Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi riguardo all'attività di diritto privato degli enti pubblici economici*, *C.D.S.*, 6, II, 1844.

[104] Così sempre Ad. Pl. Cons. st. n. 4/99, *Cons. Stato 1999, II,1783*, ma tale impostazione è ribadita anche dalla più recente Ad. Pl. 30.3.2000, n. 1, *Foro Amm.* 2000, 768,2555, secondo cui i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità «costituiscono valori essenziali di riferimento

[105] In merito l'Ad.Pl. del Cons. st. 22.4.1999 n. 4, *Cons. Stato 1999, II,1783*, aggiunge che: «Il legislatore, nel sancire che l'accesso possa aver luogo anche nei confronti degli atti dell'amministrazione disciplinati dal diritto privato, ha determinato una regola coerente con le più recenti tendenze volte a ridurre il tradizionale rilievo della distinzione tra gli atti amministrativi autoritativi e quelli di diritto privato della pubblica amministrazione».

[106] Così ancora Cons. st. Ad. Pl. n. 4/99, *Cons. Stato 1999, II,1783*, ma anche la successiva Ad. Pl. Cons. st. n. 1/2000, *Foro Amm.* 2000, 768,2555, conferma che i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità «costituiscono valori essenziali di riferimento di ogni comportamento della pubblica amministrazione» indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica del quadro formale in cui il comportamento dev'essere svolto; si cfr. inoltre F.G. Scoca, *op. ult. cit.*, 453, al potere amministrativo, in quanto, funzionalizzato si applica un unico statuto che: «non si limita ad imprimere al potere precettivo il c.d. vincolo di scopo (finalizzandolo cioè alla soddisfazione dell'interesse pubblico), ma lo sottopone ad una serie di regole, formali e sostanziali; che possono essere riassunte, rispettivamente, nel principio del procedimento e nel principio... del rispetto degli amministrati... Al principio sostanziale fanno capo le regole dell'imparzialità, della proporzionalità, della trasparenza...».

Inoltre, l'art. 22 n. 241/90, come modificato dalla l. n. 15/05 ha precisato alla lett. d) che per documento amministrativo s'intende: «ogni rappresentazione ...del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale». In dottrina si cfr. M.R. Spasiano, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, *Dir. amm.*, 2, 2004, 343: «Lo statuto unitario dell'attività amministrativa, comunque espressione di funzione amministrativa, appare pertanto pienamente condivisibile: laddove si intenda provvedere alla cura di interessi pubblici, ogni qual volta vi sia «funzionalità del suo essere e del suo agire», per dirla con A. Romano, si versa nell'alveo dell'attività amministrativa, in quanto tale chiamata a rispondere ai principi generali suoi propri, a prescindere dagli strumenti utilizzati, anzi, ad essere precisi, sono proprio quei principi, in una alle finalità normativamente fissate, a indirizzare la pubblica amministrazione nella scelta degli strumenti più adeguati».

[107] Cfr. l'art. 22 l. n. 241/90, come modificato in seguito alla l. 11 febbraio 2005, n. 15.

[108] Questa novità è evidenziata da L. Lamberti, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la l. 15/2005*, in www.giustamm.it.

[109] La prima versione dell'art. 23 della l. n. 241/90 in proposito così recitava: «Il diritto di accesso di cui all'art. 22 si esercita nei confronti delle amministrazioni dello Stato, ivi compresi le aziende autonome, gli enti pubblici ed i concessionari di pubblici servizi».

[110] Sulle forme e sulla nozione di servizio pubblico si cfr. F.A. Roversi Monaco, *Compiti e strumenti della pubblica amministrazione, Diritto Amministrativo, Monduzzi 2001, 865 e ss*; nonché si cfr. G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici, Diritto Amministrativo, Monduzzi Bologna 2001*; G. Caia, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche, For. amm., 1991, I, 3167*.

[111] In passato su questa base si era radicata la giurisdizione amministrativa, si cfr. sul punto G. Azzariti, *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche, Dir. proc. amm., 1991, 526*; E. Cannada BaRtoli, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione, For. Amm., 1991 p. 929*; F. Satta, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario, Giur. It., 1991, I, 321*.

[112] In merito si cfr. G. Zanobini, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici, in Scritti vari di diritto pubblico, Giuffrè Milano 1955*.

[113] Su questa tesi si è ad es. fondata anche la nota decisione del Cons. st., sez. VI, 20.5.1995 n. 498, *Dir. proc. amm., 1996, 147*, con cui si è affermata la giurisdizione amministrativa sulle controversie riguardanti i contratti di appalto stipulati dalle Ferrovie dello Stato, trasformate in S.p.a. per effetto di delibera CIPE. In tale sede, infatti, il Consiglio di Stato ha prima rilevato che: «la F.S. S.p.a. concreta una figura sui generis di concessionario ex lege...», precisando che si è in presenza di «una classica concessione traslativa nella quale le finalità pubblicistiche di cui è attributario il concedente vengono realizzate dal concessionario», il quale assume la veste di sostituto e organo indiretto dell'amministrazione, i cui atti si potrebbero, pertanto, considerare oggettivamente e soggettivamente amministrativi. In merito si cfr. il commento di A. Police, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione, Dir. proc. amm., 1996, 147*; per un recupero della nozione di organo indiretto si cfr. F. De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, Dir. amm., 1995, 37*.

[114] Sempre, infatti, nella decisione del Cons. st., sez. VI, n. 498/95, *Dir. proc. amm., 1996, 147*, si fonda la giurisdizione amministrativa anche sull'asserita connotazione pubblicistica di tali società, la quale, a prescindere dalla concessione legislativa operante nel caso delle Ferrovie dello Stato, deriverebbe dalla circostanza che: «malgrado la trasformazione, sono destinate a rimanere (pubbliche) in quanto di rilevanza strategica o perché temporaneamente sotto il controllo pubblico. In tali fattispecie è lecito concludere che l'adozione della forma societaria si presenta come modulo per rendere l'attività economica più efficace e funzionale, fermo restando che l'impresa mantiene sotto molteplici profili uno spiccato rilievo pubblicistico».

[115] Si cfr. l'art. 23 l. n. 241/90 come modificato e sostituito dall'art. 4, co. 2, l. 3.8.1999, n. 265, secondo cui: «Il diritto di accesso di cui all'art. 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi». Inoltre si cfr. di recente T.A.R. - Sicilia Catania, sez. I, 14.8.2007, n. 1359, *Foro amm. TAR 2007, 7-8 2683*, «In tema di accesso agli atti, sono ostensibili tutti quelli posti in essere dal concessionario o dal gestore comunque denominato di un servizio pubblico, che, in quanto funzionalmente inerenti alla gestione di interessi collettivi, impongono di realizzare una cura di tali interessi del tutto soggetta ai canoni di imparzialità e di efficienza costituzionalizzati all'art. 97».

[116] Per un quadro organico sul rapporto tra privati ed organizzazione amministrativa si cfr. F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa, Cedam, Padova 2000*.

[117] Ai sensi dell'art. 23 della l. n. 241/90, come modificato dall'art. 4, co. 2, l. 3.8.99 n. 265, il diritto d'accesso «si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori dei pubblici servizi...». Al riguardo, F. Caringella, *L'accesso ai documenti amministrativi, Giuffrè 1999, 138 e ss.*, precisa che l'esercizio del diritto d'accesso in questi casi non è limitato «nei confronti degli atti emanati dal concessionario

nell'ambito del rapporto di concessione» sulla base della natura oggettivamente pubblicistica degli atti adottati dal concessionario come organo indiretto della p.a. Le ragioni, infatti, dell'estensione dell'esercizio del diritto d'accesso nei confronti di tali soggetti devono essere più correttamente individuate «nella stessa nozione di pubblico servizio, non perdendosi mai di vista, peraltro, quelli che, per esplicita previsione normativa, sono gli obiettivi che il legislatore del 90 ha inteso perseguire assicurando un generale diritto d'accesso, primo fra tutti lo svolgimento imparziale dell'attività amministrativa: obiettivo» così p. 143 e ss. Sull'estensione del regime dell'accesso si cfr. naturalmente Cons. st., Ad. Pl., 22 aprile 1999, n. 4, *Gior. dir. amm.* n. 10/99, 946 con nota di A. Battaglia, *Il diritto di accesso ai documenti dei concessionari di servizio pubblico*.

[118] F. Goisis, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), vol. VI, Giuffrè, Milano 2006, 5600 ss.

[119] G. Napoletano, *Soggetti privati «Enti pubblici»*, *Dir. amm.* n. 4/2003, 801.

[120] Sul tema si cfr. A. Bardusco, *Ente pubblico*, *Dig. disc. pubbl.*, VI Torino, 1991, 64 e ss.; V. Ottaviano, *Ente pubblico*, *Enc. del Dir.* XIV, Milano 1965; G. Menotti De Francesco, *Dig. disc. pubbl.*, *Persona giuridica (diritto privato e diritto pubblico)*, *Novissimo dig. it.*, XII, Torino 1968.

[121] Si cfr. al riguardo G.F. Ferrari, *L'ente pubblico nel diritto comparato*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993, I, 395.

[122] Si cfr. in merito Corte Costituzionale n. 498/1995.

[123] M. Cammelli, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 1997, 125; Marzuoli, *Società a partecipazione pubblica minoritaria per l'esercizio dei pubblici servizi locali e disciplina mediante regolamento*, *Riv. dir. Comm.*, 1997, 371; F. Caringella, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzia*, *For. it.*, 1996, I, 1363 e ss.

[124] M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 1999-2000; S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, *Giorn. dir. amm.* 1996, 915 e ss.; G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839.

[125] Le questioni attinenti alle società pubbliche e in particolare al regime giuridico ad esse applicabile sono oggetto di numerosi studi. In particolare, fra i più recenti, G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.; P. Salvatore, *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, *Giur. amm.*, IV, 2006, 175 ss.; M.G. Della Scala, *Le società legali pubbliche*, *Dir. amm.*, 2005, 391 ss.; C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, *Riv. soc.*, 2005, 1 ss.; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Giuffrè, Milano 2004; P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare, rassegna 1999-2003*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 372 ss.; G. Rossi, *Gli enti pubblici in forma societaria*, *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221 ss.; M.G. Roversi Monaco, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino 2004; G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.

[126] M. Dugato, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.* 1996, 229; S. Cassese, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, *Stato e Mercato*, 1992, 231; nonché Barabba, *Impresa pubblica*, *Dig. disc. pubbl.*, Vol. VIII, Torino, 1993, 175; si cfr. inoltre sul tema G. Garofoli, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.lgs. n. 80/98)*, *For. It.*, 1999, III, 178; S. Cassese, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, *Gior. dir. amm.* 1995, 1134; A. Police, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, *Dir. proc. amm.*, 1996, 159.

[127] «Al riguardo si sono registrati due fondamentali indirizzi. Per il primo, implicante un'estensione del novero degli enti pubblici a struttura societaria, va esclusa la natura privata per tutte le società per azioni istituite con atto legislativo che ne determina quanto meno la

denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria, perché in tal caso l'esistenza e la destinazione funzionale della figura soggettiva è predeterminata con atto normativo e resta indisponibile alla volontà dei propri organi deliberativi». Per il secondo, invece, «la determinazione in via legislativa di denominazione e scopo, nonché, infine, la prescritta pertinenza della società all'ente pubblico per una quota maggioritaria, se certo rappresentano il nucleo indefettibile di requisiti di cui occorre verificare l'esistenza onde procedere ad una qualificazione in senso pubblicistico dell'organismo, non esauriscono, ancora il novero degli elementi necessari a far transitare nell'alveo pubblicistico un ente avente forma tipicamente privatistica: si è sostenuto, quindi, che l'indicazione legislativa nel senso della forma societaria dell'ente, pur non incompatibile con una qualificazione pubblicistica, impone all'interprete un ulteriore sforzo, volto alla ricerca di elementi sintomatici della pubblicità dell'ente» così in Cons. st., sez. VI, 5.3.2002 n. 1303, *Giust. civ. 2002, I,2309*.

[128] Tale criterio era per la verità già stato individuato dalla dottrina di F. Galgano, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1966, 279 e ss.

[129] Ad es. C. Ibba, *Le società «legali»*, Torino 1992, 331, dove si rileva che quando la legge si pone come fonte del rapporto si toglie alla società la scelta «tra l'esistere o il non esistere, tra il perseguire e il non perseguire l'oggetto assegnatole, tra il mantenere o il non mantenere l'assetto che il legislatore le ha dato, e importa, dunque,... l'impossibilità di sciogliere anticipatamente la società...»; nonché si cfr. anche C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica fra diritto comune e diritto speciale*, *Riv. dir. priv.*, 1999, 22 e ss.

[130] In particolare la giurisprudenza ha collegato la natura pubblica del soggetto, nonostante l'assunzione della forma societaria, ogniqualvolta i diritti dei soci siano condizionati da altri soggetti esterni alla società, i quali influiscono sul funzionamento dell'ente. Si cfr. ad es. Cons. st., sez. VI, 5.3.2002 n. 1303, *Giust. civ. 2002, I,2309*, nella parte in cui si afferma: «Si fa riferimento, in particolare, all'attribuzione legislativa, in capo a soggetti pubblici diversi da quelli che rivestono all'interno della struttura societaria la qualità di soci, di potestà il cui esercizio è destinato inevitabilmente a produrre effetti sulle fondamentali determinazioni degli organi societari: è quanto si verifica per molti enti assoggettati ad un processo di privatizzazione meramente formale, non ancora seguito da una privatizzazione sostanziale».

[131] Si cfr. inoltre Cons. st., sez. VI, 17.9.2002 n. 4711, *Riv. corte conti 2002, 5 224*, nella parte in cui, con riferimento all'ENEL S.p.a., si rileva che: «il Ministro dell'economia e delle finanze, titolare delle azioni delle società derivate dalla trasformazione degli enti di gestione, appare fortemente condizionato, nell'esercizio dei suoi diritti di azionista, dall'obbligo di tener conto delle direttive del Presidente del Consiglio, dell'intesa da raggiungere con altri ministri, nonché, ancora, più a monte, del programma di riordino elaborato in sede pubblica».

[132] Sicché come si osserva sempre in Cons. st., sez. VI, 17.9.2002, n. 4711, *Riv. corte conti 2002, 5 224*: «Si è senza alcun dubbio in presenza di importanti deroghe rispetto al regime societario tipico che, nel comportare una consistente alterazione dei normali meccanismi di funzionamento degli organismi societari de quibus e una compressione di non poco conto dell'autonomia funzionale degli organi societari con potestà deliberante... costituiscono dati normativi il cui rilievo è decisivo per affermare la natura pubblica delle società in questione».

[133] In tal senso si era già pronunciata la dottrina di G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991, 170; nonché V. Cerulli Irelli, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino 1994, 97 e ss.

[134] In merito al riconoscimento del diritto di accesso nei confronti delle società si cfr. Cons. st., sez. VI, 23.10.2007, n. 5569, *Foro amm. CDS 2007, 10 2873*, «Le procedure di trasferimento del personale della società Trenitalia devono essere sottoposte all'esercizio del diritto di accesso siccome potenzialmente incidenti sulla qualità del servizio stesso. Si tratta, invero, di procedure tese a garantire che i soggetti privati, i quali gestiscono un servizio pubblico, scelgano le persone secondo criteri di imparzialità e, quindi, pur sempre di attività funzionalmente collegata all'organizzazione del servizio; organizzazione che ha solo riflessi interni, essendo strumentale alla gestione ed erogazione del servizio, ossia al soddisfacimento di interessi collettivi cui deve tendere

il servizio stesso»; nonché T.A.R. – Puglia Bari, sez. I, 7.11.2007, n. 2682, *Foro amm. TAR 2007, II 3575*, secondo cui: «In tema di accesso, la sussistenza di un interesse giuridicamente qualificato alla conoscenza della documentazione consegue dalla mera circostanza che trattasi di società che gestiscono strutture sanitarie operanti nel medesimo settore delle controinteressate (e, quindi, astrattamente interessate anch'esse all'accreditamento regionale), senza che sia necessario in questa sede verificare il possesso in concreto di specifici requisiti».

[135] Con l'Ad. Pl. Cons. st., 9.9.2005, n. 5, *Foro amm. CDS 2005, 9 2513*, si è affermata la regola dell'accesso in questi termini: «Nessun dubbio è possibile poi sul fatto che, nella specie, la società per azioni è chiamata allo svolgimento degli stessi compiti già inerenti all'ente pubblico economico. Come emerge dalla documentazione acquisita la nuova società per azioni (che ha ereditato i vecchi compiti in attuazione della legge n. 7 del 2001) risulta, infatti, vincolata, secondo le norme statutarie, al perseguimento di quegli stessi fini istituzionali ai quali attendeva l'ente pubblico soppresso ed a essa sono passati - sempre per volontà statutaria - le risorse ed il personale della precedente istituzione».

[136] Si cfr. A. Romano, Relazione di sintesi al Convegno “*Fondazioni e attività amministrativa*”, Palermo 13 maggio 2005, che in merito sottolinea che si deve trattare di un'attività sostanzialmente amministrativa direttamente rivolta alla cura degli interessi pubblici.

[137] In questo senso si cfr. ancora A. Romano, Relazione di sintesi al Convegno “*Fondazioni e attività amministrativa*”, Palermo 13 maggio 2005.

[138] Sul punto si cfr., M.T. *Sempreviva, Le novità in materia di accesso ai documenti, Urb. e app.*, 2005, 4, 398: nonché M. *Lipari, Diritto di accesso e scelta dei contraenti con particolare riferimento alle società di pubblici servizi quotate in borsa, www.lexfor.it.*; V. *Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990 - I parte, cit.*, che osserva: «solo la parte coperta dal *munus* (ad esempio l'impresa di costruzione concessionaria della pubblica amministrazione quando stipula appalti o altri contratti con soggetti terzi) resta tuttavia sottoposta al rispetto delle norme e dei principi del diritto amministrativo, restando viceversa esclusa quella parte di attività che gli stessi soggetti pongono in essere nell'ambito della loro autonomia privata»; si cfr. inoltre A. *Romano Relazione di sintesi al Convegno Fondazioni attività amministrativa*, Palermo, 13 maggio 2005, che nelle ipotesi di privati esercenti attività «sostanzialmente amministrativa» pone la seguente alternativa o si considera la “funzionalizzazione» di una parte soltanto dell'attività dell'ente di cui rimane privata la soggettività” oppure la “funzionalizzazione pervasiva arriva ad investire questa stessa soggettività”; richiamati da M.G. Della Scala, *Il diritto di accesso all'attività privatistica dell'amministrazione e dei soggetti privati alla luce della legge n. 15 del 2005. Condanna all'esibizione degli atti e ottemperanza al giudicato amministrativo, Dir. amm.* 2006, 1, 201 e ss.

[139] Si cfr. in merito Cons. st., sez. VI, 9.3.2007, n. 1119, *Comuni Italia 2007, 4 63*.

[140] Sul concetto di funzione si cfr. Benvenuti F., *Funzione amministrativa, procedimento e processo, Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 e ss.; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, Studi in memoria di E. Guicciardi, Padova 1975, 784; U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa, Dir. amm.* 2007, 4, 779. In giurisprudenza si cfr. T.A.R. – Calabria Catanzaro, sez. II, 18 settembre 2006, n. 984: «Le Federazioni Sportive presentano una duplice natura, perché operano in qualità di associazioni di diritto privato e al tempo stesso di organi del CONI per la realizzazione dei fini istituzionali di quest'ultimo, con la conseguenza che il diritto di accesso ai documenti può essere esercitato nei loro confronti solo in relazione agli atti assunti in quest'ultima veste pubblicistica» [T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 18 settembre 2006, n. 984, Foro amm. TAR, 2006, 6, 3064](#).

[141] Si cfr. in merito Cons. st., sez. VI, 9.3.2007, n. 1119, *Comuni Italia 2007, 4 63*, secondo cui: «Tuttavia, mentre l'istituto dell'accesso trova applicazione nei confronti di "ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione", l'accesso ai documenti dei soggetti privati va riconosciuto solo in caso di svolgimento di attività di interesse pubblico e limitatamente agli atti funzionalmente inerenti alla gestione di interessi collettivi, per i quali sussiste l'esigenza di garantire il rispetto del principio di buon andamento, cui la trasparenza è funzionale.

In pratica, la normativa sull'accesso ai documenti amministrativi ha il medesimo ambito di applicazione dell'art. 97 della Cost. e riguarda, quindi, gli atti dell'amministrazione o di soggetti privati finalizzati alla cura dell'interesse pubblico e soggetti ai canoni di imparzialità e buon andamento (C.d.S. Ad. Pl. n. 4 e 5/1999). In tali casi, è necessario che nella stessa domanda di accesso emerga con evidenza sia l'interesse diretto collegato ai documenti richiesti, sia la rilevanza degli atti in relazione alla cura dell'interesse pubblico».

[142] Si cfr. in merito Cons. st., sez. VI, 23.10.2007, n. 5569, *Foro amm. CDS 2007*, 10 2873, che sul punto afferma: «È quanto si verifica con riguardo a Trenitalia s.p.a., società a totale partecipazione pubblica, deputata in un'ottica monopolistica alla gestione di un essenziale servizio pubblico sotto il controllo dell'amministrazione statale. La strumentalità all'interesse pubblico sotteso alla gestione del servizio pubblico, quindi, se certo va ridimensionata allorché il gestore sia un soggetto del tutto privato, tenuto, pur nel dovuto rispetto degli obblighi di servizio, al perseguimento di finalità sue proprie, non può non subire una scontata dilatazione quando la gestione è affidata a soggetti a forte impronta, se non addirittura a natura pubblica; si tratta, infatti, di soggetti per i quali il dovere di imparzialità riviene non solo dalla natura dell'attività espletata, ma anche dal persistente collegamento strutturale con il potere pubblico. In questa accezione allargata di strumentalità non può non rientrare, specie se si considera la persistenza di una situazione di sostanziale monopolio in materia.... Ed invero, la procedura comparativa volta alla selezione del personale da trasferire, non può non essere improntata al rispetto di quel principio di imparzialità destinato a condizionare il modus operandi dell'organismo in questione, anche per quel che attiene alle determinazioni non direttamente riguardanti la gestione, ma in qualche modo intese al perseguimento efficace dell'interesse pubblico a quella sotteso: si è al cospetto, infatti, di attività di organizzazione del personale di cui non è possibile escludere l'incidenza potenziale sulla qualità del servizio»; nonché similmente T.A.R. – Lombardia Brescia, sez. I, 19.3.2008, n. 290, *Giur. merito 2008*, 5 1466, secondo cui: «Poiché Poste Italiane spa svolge due macrofunzioni qualificabili come servizi pubblici (fornitura del servizio postale universale e raccolta del risparmio postale) tutta l'attività inerente a tali funzioni, quella esterna ma anche quella strumentale e accessoria di carattere organizzativo, ricade nella sfera di applicazione dell'art. 23 della l. 241/1990. Sono quindi accessibili tutti i documenti formati o detenuti da Poste Italiane spa che abbiano attinenza con i servizi pubblici svolti o con l'attività interna finalizzata all'organizzazione e allo svolgimento di tali servizi. La struttura privatistica assunta da Poste Italiane spa non permette di individuare un equivalente formale alla pianta organica in uso presso le pubbliche amministrazioni. Questa circostanza tuttavia non legittima la sottrazione al diritto di accesso dei dati già inseriti in documenti di Poste Italiane spa che contengano le medesime informazioni presenti nella pianta organica tradizionale».