

Paola Pozzani

(Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo nell'Università di Bologna)

**Il diritto di accesso tra riforma ed applicazione giurisprudenziale:
una nuova dinamica tra interesse e diritto.**

(nota a Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sentenza 16 novembre 2011 n. 846)

Sommario: 1. La sentenza nel quadro del recente orientamento giurisprudenziale. 2. Iter legislativo e panorama degli interventi di riforma in materia di diritto di accesso. 3. Ambito di applicazione: riparto di competenze tra Stato e Regioni. 4. L'accesso dopo la legge 69/2009: modifiche ed integrazioni alla disciplina previgente. 4.1. Definizioni e principi in materia di accesso. 4.2. Limiti ed esclusione dal diritto di accesso. 4.3. Il coordinamento operato dalla legge 15/2005 con la nuova normativa a tutela dei dati personali: il nuovo equilibrio tra accesso e riservatezza. 4.4. Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi. 5. Profili processuali della tutela.

1. La sentenza nel quadro del recente orientamento giurisprudenziale.

La sentenza in commento si inserisce nella copiosa compagine di pronunce giurisprudenziali in materia di accesso agli atti, evidenziando la costante attualità del mai sopito dibattito in materia.

Nel caso di specie, con la sentenza appellata il giudice adito dichiarava il ricorso inammissibile in forza del limite generale che l'ordinamento oppone all'accesso agli atti che consiste nel divieto di controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione. In particolare, i giudici hanno evidenziato che un soggetto, benché legittimato all'accesso agli atti, non può attivare, come nella fattispecie, forme di supervisione di un'attività di cui si vuole verificare in via generale la legittimità, in regione del disposto contenuto nell'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990¹.

L'istante ha proposto appello contro la sentenza di primo grado contestando la qualificazione data quale richiesta preordinata a un controllo generalizzato della pubblica amministrazione e sostenendo, al contrario, la palese individuazione dell'effettività e della concretezza del collegamento dell'accesso ai documenti con l'esigenza di tutela.

¹ In base a tale norma, infatti, "non sono ammissibili istanze di accesso, preordinate a un controllo generalizzato delle pubbliche amministrazioni" come già rilevato dal C.d.S., sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 721, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sarebbe ad avviso dell'appellante, quindi, incontestabile la avanzata pretesa di conoscere le pratiche amministrative riguardanti gli altri impianti al fine di tutelare la propria posizione, eventualmente anche per appurare l'eventuale disparità di trattamento perpetrata dal Comune, e attivare un'efficace tutela.

La difesa dell'Amministrazione ha eccepito alle doglianze dell'appellante due ordini di considerazioni. La prima riguarda il fatto che il rilascio di autorizzazioni o la prosecuzione dell'attività da parte delle altre ditte, non pregiudicherebbe alcun diritto dell'appellante in assenza di qualsivoglia autorizzazione all'esercizio dell'attività pubblicitaria in capo all'appellante.

La seconda è collegata alla natura dell'istanza in quanto detta richiesta non avrebbe potuto essere accolta, in quanto i procedimenti cui fa riferimento la società ricorrente sono diversi da quello instaurato nei confronti della stessa, avendo ognuno una propria specificità ed essendo supportati da presupposti diversi.

I giudici dell'appello hanno precisato che, se da un lato, il diritto d'accesso vale a tutelare interessi individuali di ampiezza tale da incontrare solo il limite della giuridicità, esso, al contempo, è collegato a una riforma di fondo dell'Amministrazione, ispirata ai principi di democrazia partecipativa, della pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, la quale costituisce "principio generale" ex art. 22, comma 2, L. n. 241/1990, e che s'inserisce a livello comunitario *"nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e all'attività amministrativa, quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi e soverchie degli apparati pubblici latamente intesi"*.

La sentenza rileva un passaggio logico concettuale di estrema rilevanza in materia di accesso ai documenti amministrativi, evidenziando che in questo quadro complesso e moderno di pubblica amministrazione, la nozione di interesse giuridicamente rilevante² si configura come il complesso di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali, risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale, volti in senso strumentale alla tutela di altri interessi giuridicamente rilevanti, che vengano a collidere con l'esercizio di pubbliche funzioni; il carattere essenzialmente strumentale di tali posizioni si riflette inevitabilmente sulla relativa azione con la quale la tutela della posizione soggettiva è assicurata.

La natura e la struttura dell'istituto dell'accesso, pertanto, va correlata alla natura strumentale della posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento con la legge n. 241 del 1990 caratterizza marcatamente la strumentalità dell'azione correlata e concentra l'attenzione del legislatore, e quindi dell'interprete, sul regime giuridico concretamente riferibile all'azione.

Questa impostazione consente di offrire idonea garanzia alla tutela dell'interesse nonché alla certezza dei rapporti amministrativi e delle posizioni giuridiche di terzi controinteressati. Da qui discende la natura astratta o a causale del diritto d'accesso, il quale può essere fatto valere senza che l'Amministrazione (o il controinteressato) possa sindacare nel merito la fondatezza della pretesa o dell'interesse sostanziale cui quel diritto è correlato e strumentalmente collegato.

Nel caso di specie i giudici dell'appello hanno riconosciuto che l'appellante fosse legittimata ad accedere alla documentazione riguardante il rilascio delle autorizzazioni in materia di affissioni pubblicitarie, avvertendo che la questione in controversia attiene piuttosto al diritto dell'appellante a conoscere la situazione delle autorizzazioni rilasciate ad altre ditte concorrenti con riferimento agli impianti di propaganda.

Da tale aspetto emerge l'inevitabile profilo di potenziale conflitto con il contro interessato alla tutela delle informazioni che lo riguardano che, nel caso di specie, è stato risolto nel senso della legittimità dell'interesse dell'appellante, in riferimento alla circostanza che il Comune risultava sprovvisto di un piano generale degli impianti e del relativo regolamento, risultando, quindi, legittima la richiesta di verificare se fossero state rilasciate autorizzazioni per gli impianti ubicati su tali strade, senza che ciò comportasse "un controllo generalizzato", come erroneamente ritenuto dal giudice di primo grado.

Analogamente, si è recentemente espresso il Consiglio di Stato³ in riferimento ad un caso che riguardava un'istanza di accesso alla documentazione inerente la gara indetta dalla Asl di Bari per l'affidamento del servizio di ristoro tramite distributori automatici, con particolare riguardo ai documenti attestanti l'identità anagrafica del socio occulto proprietario del 95 % delle quote della concessionaria del servizio di ristoro della Asl.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Tar, il Consiglio di Stato ha affermato che il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma assume un carattere autonomo rispetto ad essa. La pronuncia di secondo grado ha, pertanto, evidenziato che il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso deve ritenersi consentito anche se l'interessato non può più agire, o non possa ancora agire, in sede giurisdizionale. Sotto il profilo tecnico processuale, infatti, l'autonomia della domanda di accesso comporta che il giudice, chiamato a decidere su tale domanda, deve verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso e non anche la possibilità di utilizzare gli atti richiesti in un giudizio.

² Infatti, l'art. 22 della legge, si riferisce a un interesse correlato "a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso" come ricordato anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 7 del 2006, in www.giustizia-amministrativa.it.

³C.d.S., sez. V, 14 febbraio 2011, n.942, in www.giustizia-amministrativa.it.

La sentenza ha, quindi, chiaramente definito anche i due punti nodali delle garanzie sostanziali offerte dall'ordinamento in materia di accesso ai documenti amministrativi. Il primo attiene alla sfera pubblica, ossia ai doveri che insistono sulla pubblica amministrazione, in stretta correlazione con l'introduzione dell'azione a tutela dell'accesso, con la quale il legislatore ha, infatti, inteso assicurare all'amministrato la trasparenza della pubblica amministrazione, indipendentemente dalla lesione, in concreto, di una determinata posizione di diritto o di interesse legittimo.

Il secondo attiene alla natura della tutela che si sostanzia nell'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi che viene *“elevato a bene della vita autonomo, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa, eventualmente in modo lesivo”*.

Pertanto, in base ai principi anzidetti il Collegio ha stabilito che è del tutto irrilevante quale sia stata la sorte del giudizio principale, avente nel caso concreto ad oggetto la gara, da cui è derivata la richiesta di accesso, risultando, quindi, ininfluenza verificare lo stato dei giudizi richiamati dalle parti.

La sentenza del Consiglio di Stato richiama, come sovente accade, anche le questioni inerenti la tutela dei dati personali del soggetto contro interessato percorrendo la strada già segnata dalla giurisprudenza del Supremo Collegio. Le pronunce in materia, infatti, hanno sempre evidenziato che il comma 5 dell'art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento, prevede che *“fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*.

Il legislatore ha inteso, quindi, escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Lo stesso comma 5 subordina, tuttavia, il funzionamento della indicata causa di esclusione alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti ai quali

altri intendono accedere: è necessario, invero, che si tratti di informazioni integranti, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

D'altra parte, lo stesso art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, dopo aver previsto i casi in cui il diritto di accesso è escluso, dispone al comma 6 che *“in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso”*. Si tratta di previsione che riafferma quella tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo, in generale disposta dall'art. 24, co. 7, l. n. 241/1990⁴, naturalmente nei limiti strettamente necessari e salva la possibilità per la stazione appaltante di prevedere restrizioni all'accesso non consentendo la visione di quelle parti di documento non utilizzate ai fini della positiva valutazione dell'offerta dall'aggiudicataria⁵ nonché di adottare accorgimenti utili ad evitare la divulgazione di eventuali segreti tecnici o commerciali se e nella misura in cui la loro acquisizione non risulti in ogni caso utile al ricorrente per la difesa dei propri interessi, ovvero non sia utile per l'interessato a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Rivelano la centralità del problema relativo alla tutela delle posizioni dell'interessato e del controinteressato anche le nuove disposizioni contenute nel Codice del Processo Amministrativo. Infatti, il D.Lgs. n. 104/2011 prevede specifiche disposizioni in materia di accesso ai documenti amministrativi all'art. 116. Si stabilisce che contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato.

La disposizione richiama poi l'art. 49 del medesimo decreto laddove si dispone in ordine all'integrazione del contraddittorio a tutela del controinteressato, prevedendo che quando il ricorso sia stato proposto solo contro taluno dei controinteressati, il Presidente o il Collegio ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri, salvo il caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato; quando il Collegio provvede con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 74.

Il Codice del Processo Amministrativo ha, così, inteso dare risposta ad una problematica processuale che in passato aveva dato vita a diversi orientamenti interpretativi.

4 C.d.S., Sez.VI, 10-5-2010 n. 2814, in www.giustizia-amministrativa.it.

5 Si vedano, in particolare, C.d.S., sez. VI, 7-6-2006, n. 3418, sez. VI, Ord.1-2-2010, n. 524, sez.VI, 10-5-2010 n. 2814, in www.giustizia-amministrativa.it.

In primo luogo, ci si interrogava se fosse necessaria la notificazione del ricorso ai controinteressati e conseguentemente quale fosse la sanzione processuale dell'omessa notificazione del ricorso. La soluzione della questione era risolta dalla giurisprudenza, in mancanza di una norma specifica, sulla base dei principi generali per i quali era necessario individuare la natura della posizione soggettiva integrante il c.d. "diritto di accesso".

Va evidenziato che la questione non ha poi perso rilevanza neppure dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69 che ha riscritto l'art. 22 della legge 1990 n 241, stabilendo che per "diritto di accesso" si intende il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi, atteso che siffatta disposizione ha valore descrittivo del contenuto della pretesa ostensiva, senza definirne la natura in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁶, qualificando la posizione soggettiva del richiedente i documenti quale interesse legittimo e ritenendo, pertanto, necessaria la notificazione del ricorso al controinteressato, aveva ritenuto inammissibile il ricorso in caso di omessa notificazione a quest'ultimo, escludendo, in particolare, l'applicabilità dell'art. 102 C.p.c, che, in materia di controversie inerenti a diritti soggettivi, consente l'integrazione del contraddittorio per ordine del giudice nei confronti dei litisconsorti necessari pretermessi e la cui applicazione nel processo in materia di accesso avrebbe consentito di superare il problema dell'ammissibilità dell'impugnazione non notificata ad almeno uno dei controinteressati, ma alla sola pubblica amministrazione.

La successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato⁷, a seguito della novella della legge n. 241 del 1990, che aveva profondamente cambiato la disciplina, non aveva preso una precisa posizione in merito evidenziando, tuttavia, anche se in via meramente ipotetica, la consistenza di diritto soggettivo dell'accesso. Il Codice del processo amministrativo, omettendo di prendere posizione sulla questione sostanziale sul diritto all'accesso o sull'interesse legittimo ha richiesto la notificazione al controinteressato, senza tuttavia disporre l'inammissibilità del ricorso in caso di mancata notificazione ma richiamando, come sopra evidenziato, l'articolo 49 dello stesso C.P.A. il quale prevede l'integrazione del contraddittorio per ordine del giudice.

Inoltre, in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, la norma di cui all'art. 116 del D.Lgs. 104/2011 stabilisce che il ricorso può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio.

⁶ (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 16 del 1999 ?? verificare)

⁷ Il riferimento è alle già note pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 6 e 7 del 2006, in www.giustizia-amministrativa.it.

Ne risulta così rafforzata la tesi che esclude l'applicabilità dell'art. 102 C.p.c., atteso che la specifica disciplina dettata dal Codice del Processo Amministrativo impone la notificazione dell'impugnazione ai contro interessati.

2. Iter legislativo e panorama degli interventi di riforma in materia di diritto di accesso.

La Legge n. 15 del 2005 ha modificato la maggior parte delle disposizioni del Capo V della normativa contenuta nella L. n. 241/1990, nel quale sono dettati i principi generali in materia di accesso ai documenti amministrativi, apportandovi quelle correzioni e integrazioni scaturite dalle elaborazioni dottrinarie e dalle pronunce giurisprudenziali, dalle innovazioni del sistema costituzionale e normativo nel frattempo intercorse.

La dottrina sottolinea l'importanza dell'intervento anche in considerazione della rilevanza già rivestita dalla normativa contenuta nella L. 241/90 con la quale non è stata solo dettata una normativa generale sul procedimento amministrativo ma è stata introdotta una nuova concezione dell'amministrazione, finalmente in linea con la Costituzione. Secondo la felice espressione di Sabino Cassese, *“al riconoscimento della cittadinanza politica inizia a seguire il riconoscimento... della cittadinanza amministrativa”*⁸.

L'autore che principalmente ha contribuito alla redazione della nuova già ammoniva tuttavia che, all'entrata in vigore del testo, sarebbero state doverose riflessioni assai approfondite, da parte della dottrina, e la giurisprudenza sarebbe stata chiamata a pronunciarsi sugli aspetti più delicati della nuova disciplina⁹.

Recentemente, la disciplina generale sul procedimento amministrativo è stata nuovamente modificata dal legislatore, che con la legge n. 69 del 2009 (la legge delega in base alla quale è stato poi emanato il decreto legislativo 2010 n. 104 recante l'approvazione del codice del processo amministrativo) ha introdotto ulteriori innovazioni in materia, compresa la disciplina dell'accesso, i cui profili processuali sono stati integralmente spostati nel codice del processo amministrativo.

Complessivamente, le principali innovazioni si possono raggruppare in quattro ordini di questioni. Anzitutto quelle che riguardano i principi generali dell'azione amministrativa, e i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, e quindi l'utilizzabilità dell'una o dell'altra disciplina nell'esercizio dell'attività amministrativa. In secondo luogo, quelle che riguardano il procedimento

⁸ N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della L.241/1990. Una prima valutazione*, in www.giustamm.it, *Speciale sulla riforma della L.241/1990*.

⁹ V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/1990 – I parte*, in www.giustamm.it, *Speciale sulla riforma della L.241/1990*.

in quanto tale, e le modalità della sua conclusione; e quindi la disciplina del silenzio, la disciplina della partecipazione, la disciplina della conferenza di servizi. In terzo luogo, le norme che riguardano i procedimenti di secondo grado, la disciplina della efficacia e della esecuzione del provvedimento, la disciplina dell'invalidità.

Si tratta di un settore, di gran lunga il più importante contenuto nella nuova legge, tradizionalmente non oggetto di normazione legislativa (salvo che per alcuni aspetti) ma frutto di elaborazione giurisprudenziale. In quarto luogo, le novelle riscrivono la disciplina dell'accesso.

3. Ambito di applicazione: riparto di competenze tra Stato e Regioni.

La legge 1990 n. 241 si occupa anche del problema del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di disciplina del procedimento amministrativo, compresa quella del diritto di accesso.

In particolare, il novellato art. 29 della legge n. 241 disciplina l'ambito di applicazione della legge, stabilendo, in generale, che le disposizioni si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali, nonché alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Si precisa poi che le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis della legge n. 241 si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche.

Il vigente art. 29 si occupa anche del riparto di competenze normative tra Stato ed enti locali in materia di disciplina del procedimento amministrativo, alla luce del quadro costituzionale risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione, prevedendo in generale che le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla legge n. 241 nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla legge medesima.

In modo più dettagliato, la novella recata dalla legge 2009 n. 69 ha stabilito, introducendo i commi 2 bis, 2 ter e 2 quater nell'art. 29 della legge 241, che essi attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e, pertanto, sono riservati costituzionalmente alla disciplina legislativa statale posta proprio dalla legge n. 241. Si tratta delle disposizioni concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti; sono, parimenti, riservati la dichiarazione di

inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano.

La norma precisa altresì, positivizzando sul punto gli orientamenti già espressi dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, che le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela, mentre le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione alle disposizioni del presente articolo, secondo i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione.

Del resto lo stesso art. 22, comma 2 della legge 1990 n. 241, parimenti novellato dalla legge 2009 n. 69, sancisce che l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza.

Ne deriva che la disciplina legislativa o regolamentare adottata a livello regionale e locale non può sopprimere il diritto di accesso, né modificarne le modalità di esercizio delineate dalla legge generale sul procedimento amministrativo in modo da renderle più gravose per l'interessato, mentre può dilatare l'ambito dell'accesso, ad esempio estendendolo alle informazioni in possesso dell'amministrazione, come espressamente previsto dallo stesso legislatore nazionale in certi ambiti, tra cui quello ambientale, oppure, sul piano della legittimazione, consentendo l'accesso anche a soggetti non portatori di una posizione differenziata e qualificata.

Appare opportuno rammentare, sul piano dell'evoluzione storica della normativa in materia di accesso, che l'ancoraggio dei principi del procedimento ai livelli essenziali delle prestazioni, è condiviso anche nei lavori preparatori della legge 1990 n. 241, segnatamente al Senato (rel. Bassanini) quando si evidenzia che i legislatori regionali possono stabilire, quindi, "*livelli ulteriori di tutela*", cioè spazi più ampi di partecipazione, tenendo sempre presente tuttavia, l'esigenza del non aggravamento delle procedure.

E' interessante osservare come parte della dottrina¹⁰ aveva proposto una peculiare linea interpretativa anche in riferimento all'ordinamento europeo: la gran parte della disciplina generale dell'azione amministrativa o del procedimento, (pressoché tutti i principi dei quali essa consta), è divenuta oramai in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, parte integrante del diritto europeo, come costruito sulla base del tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri.

¹⁰ V. CERULLI IRELLI, *ult.op.cit.* nonché A. CARINGELLA- G. GAROFOLI- M. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.

Questi principi, almeno nel loro nucleo più essenziale, sono adesso recepiti nel testo della Costituzione europea. Sembra potersi, quindi, ritenere che essi vincolino sia la legislazione dello Stato italiano, sia a maggior ragione, la legislazione delle regioni italiane, come per altro la legislazione di tutti gli Stati membri dell'Unione.

Si aggiunge che in materia di diritto di accesso, il legislatore fa riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni, come quelli oggetto di legislazione esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art.117, 2° comma lett.m), tra i quali rientrano anche quei principi dell'attività amministrativa, segnatamente oggetto della legge sul procedimento, che riguardano i rapporti tra l'Amministrazione e i soggetti terzi: diritti alla partecipazione, diritti all'accesso, diritti a conoscere i motivi dell'azione e così via (pubblicità e trasparenza).

Un problema rilevante in materia di accesso si è posto per i privati gestori di pubblici servizi. Fondamentali sul punto sono le due decisioni dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (nn. 4 e 5 del 1999), la quale ha rilevato che ciò che conta ai fini dell'operatività del diritto di accesso non è la natura pubblica o privata dell'attività posta in essere, bensì il fatto che l'attività, ancorché di diritto privato, miri alla tutela di un pubblico interesse e sia soggetta al canone di imparzialità.

In tal modo l'Adunanza Plenaria ha distinto tra attività privatistica della PA ed attività dei privati concessionari di pubblici servizi.

Per quanto concerne l'attività privatistica della PA, è stato ritenuto che il diritto di accesso operi in ogni caso, perché tutta l'attività della PA è sempre ispirata ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

Per quanto concerne l'attività dei concessionari, la giurisprudenza ha distinto tra i vari momenti nei quali si esplica: nei procedimenti per la formazione delle determinazioni contrattuali, quali ad esempio la scelta del contraente, il dovere di imparzialità è *'in re ipsa'* e l'accesso va garantito; analogamente l'accesso va garantito per quanto concerne le scelte organizzative adottate in sede di gestione del servizio (scelte dirette ad offrire un servizio avente certi standards qualitativi), ove pure il dovere di imparzialità opera.

Per quanto concerne le cc.dd. attività residuali del concessionario, ossia le attività diverse dalla gestione del servizio, la giurisprudenza afferma che occorre operare un giudizio di bilanciamento degli interessi cui la stessa è preordinata, per cui se prevale l'interesse pubblico su quello puramente imprenditoriale, il diritto di accesso deve operare (in tal caso la valutazione comparativa deve tener conto di alcuni parametri, quali il grado di strumentalità dell'attività rispetto all'attività di gestione del servizio; il regime sostanziale dell'attività; l'adozione da parte

del gestore di regole dirette a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza, buona fede e correttezza).

All'opposto deve trovare applicazione integralmente il diritto privato quando il soggetto, pur avendo natura pubblica, formalmente o sostanzialmente (proprietà pubblica di una società), non gestisce servizi pubblici e svolge un'attività comunque estranea alla sfera della rilevanza collettiva degli interessi. In tal caso il privato dovrà avvalersi degli ordinari strumenti previsti dal c.p.c. (art. 210 ordine di esibizione di atti alla parte o al terzo).

La normativa sopravvenuta non è espressamente intervenuta sul punto (anzi il disposto dell'art. 23 è rimasto invariato e non è stato modificato neppure dalla legge 2009 n. 69), ma si è indirettamente occupata del problema a livello definitorio, laddove il nuovo testo dell'art. 22 alla lett. e) ha statuito che per pubblica amministrazione deve intendersi qualunque soggetto di diritto pubblico o di diritto privato "limitatamente" all'attività di pubblico interesse, confermando in tal modo le soluzioni interpretative sopra esposte e formulate dalla giurisprudenza più recente.

I principi desumibili dalle norme della legge in esame, salve solo marginali norme di dettaglio, divengono vincolanti per le regioni e per gli enti locali in quanto assunti a rango costituzionale. Interessante è l'equiparazione posta dalla norma tra regioni ed enti locali, come quelli che nell'ambito delle rispettive competenze, regolano i propri procedimenti. In tal modo il legislatore sembra dare ampia interpretazione all'art. 117, VI comma, il quale attribuisce agli enti locali potestà regolamentare, tra l'altro, in ordine alla disciplina "dello svolgimento delle funzioni loro attribuite" e perciò dei relativi procedimenti.

Ciò fa intendere che l'ambito riservato alla potestà regolamentare degli enti locali, in ordine ai procedimenti che avvengono al loro interno, è piena e viene perciò a limitare l'ambito della potestà legislativa rispettivamente statale e regionale, nelle materie di rispettiva competenza. Le leggi statali e regionali hanno bensì la potestà di attribuire competenza in ordine a determinati procedimenti amministrativi agli enti locali, ma non anche di disciplinarne lo svolgimento all'interno degli enti locali medesimi.

Resta, viceversa, di attribuzione esclusiva dello Stato, non solo in termini di principi, la disciplina degli istituti di diritto amministrativo ascrivibili alla nozione di giustizia amministrativa, ai sensi dell'art. 117, 2° comma lett. 1. E alla giustizia amministrativa si ascrive ovviamente il procedimento giustiziale nonché quello giurisdizionale previsto in materia di accesso dei documenti.

Quanto al regime intertemporale delle novelle intervenute e già richiamate, va osservato che sul punto si pongono, come sempre delicati problemi relativi all'applicazione della legge e di singole sue norme ai procedimenti in corso.

Il principio che in genere viene seguito in materia è quello di ritenere ciascun atto del procedimento come dotato di propria individualità ai fini di determinare il diritto applicabile. Si ritiene infatti che in diritto amministrativo non esista il principio proprio del processo della *perpetuatio jurisdictionis (administrationis)* che comporterebbe l'applicazione al procedimento della normativa vigente al momento della sua apertura. Pertanto, la norma sopravvenuta in diritto amministrativo contiene una diversa disciplina o quantomeno una diversa valutazione degli interessi pubblici, per cui non avrebbe senso seguitare ad applicare norme abrogate.

Secondo la giurisprudenza, in base al principio del *tempus regit actum*, il provvedimento amministrativo ed anche le regole procedurali “*devono essere conformi al regolamento vigente al momento in cui esse intervengono*”¹¹ mentre non assume alcun rilievo “*la normativa sopravvenuta quando i relativi atti siano già stati perfezionati*”¹². In via di principio, perciò, possiamo affermare che la nuova normativa procedimentale trovi applicazione anche ai procedimenti pendenti alla data della sua entrata in vigore, salvo per gli atti di carattere procedimentale che si siano già perfezionati.

I provvedimenti già perfezionati al momento dell'entrata in vigore della legge sono da ritenere, viceversa, sulla base del medesimo principio esclusi dalla sua applicazione, in riguardo alla loro efficacia¹³. Ciò significa che il nuovo articolo 21 *bis* non si applica ai provvedimenti già perfezionati, ma soltanto a quelli che saranno adottati successivamente all'entrata in vigore della legge. I primi acquistano efficacia nei confronti dei destinatari, secondo il regime anteriormente vigente.

Per completezza, si evidenzia che sui procedimenti di secondo grado, la revoca e l'annullamento, rispettivamente disciplinati agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, la nuova disciplina sicuramente si applica laddove i relativi procedimenti non si siano ancora conclusi; il che significa che i provvedimenti rispettivamente di revoca e di annullamento di ufficio, assunti dopo l'entrata in vigore della legge, ma sulla base dei procedimenti aperti prima di tale data seguono il regime sostanziale previsto dalle nuove norme e producono anche gli effetti previsti dalle nuove norme, segnatamente in materia di indennizzo.

Sull'indennizzo la dottrina si esprime nel senso di risolvere positivamente il problema se esso si possa disporre anche per atti di revoca precedentemente assunti, tenuto conto che si tratta di diritti che la nuova norma esplicitamente riconosce¹⁴.

¹¹ C.d.S., sez. VI, 12-5-2004, n. 2984, in *Foro amm.* – *Cons. Stato*, 2004, 1458.

¹² C.d.S., sez. V, n. 6309/03 e C.d.S., sez. IV, n. 4994/02, in *Foro amm.* – *Cons. Stato*, 2003, 2973 e 2030.

¹³ A. SANDULLI, *Le nuove leggi amministrative, L'Azione Amministrativa*, Giuffrè 2005.

¹⁴ V. CERULLI IRELLI, *ult.op.cit.*

Il nuovo regime dell'invalidità che attiene, come si è accennato, al settore della giustizia amministrativa in senso lato, si ritiene si applichi senz'altro a partire dall'entrata in vigore della legge investendo tutti gli atti amministrativi in essere, della cui validità o invalidità siano aperte questioni in sede giurisdizionale o in sede amministrativa.

La stessa dottrina tuttavia avverte che il principio della *perpetuatio jurisdictionis*, non applicabile in diritto amministrativo, vale per le norme di carattere procedurale, ma non anche per quelle sostanziali relative al regime giuridico degli atti che il giudice è tenuto ad applicare al momento della decisione.

4. L'accesso dopo la legge 69/2009: modifiche ed integrazioni alla disciplina previgente.

4.1. Definizioni e principi in materia di accesso.

L'articolo 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, quale risulta dopo la novella introdotta dalla legge 2009 n. 69, pone sia definizioni, sia principi in materia di accesso.

In particolare, il testo vigente specifica che per "diritto di accesso", si intende il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi; per «interessati», tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso; inoltre si precisa che per "contro interessati", si intendono 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.

Inoltre, il termine "documento amministrativo", comprende ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie 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. Infine, per "pubblica amministrazione", si intendono 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 è già evidenziato che l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza. Inoltre, la norma delimita le esclusioni al diritto di accesso precisando che tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.

In tema di esclusioni dall'accesso si ribadisce, confermando sul punto la previgente disciplina che, non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono.

Una regola particolare viene dettata in relazione alle pretese ostensive che sorgono nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, stabilendo che l'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove non rientrante nella previsione dell'articolo 43, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, si informa al principio di leale cooperazione istituzionale.

Secondo una prima impostazione¹⁵, considerato che l'acquisizione di documenti amministrativi da parte dei soggetti pubblici, salva l'ipotesi di cui all'art. 43, comma 2, D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 (consultazione diretta da parte di una pubblica amministrazione o gestore di servizio pubblico degli archivi dell'amministrazione certificante per l'accertamento d'ufficio di stati, qualità e fatti ovvero di dichiarazioni sostitutive presentate dai cittadini), è regolamentata dal principio di leale collaborazione istituzionale, la relativa esigenza deve trovare soluzione in rapporti di tipo interorganico o intersoggettivo, avvalendosi a seconda dei casi di soluzioni di coordinamento, vigilanza, direzione o semplice collaborazione.

Ciò non esclude in assoluto che possa configurarsi in concreto la fattispecie di una pubblica amministrazione che si trovi in posizione di soggetto amministrato rispetto ad altra pubblica amministrazione (ad es. in materia di sovvenzioni o contributi oppure in materia tributaria) ed in quanto tale avente titolo all'accesso alla stessa stregua di un soggetto privato.

Secondo altra impostazione¹⁶ la menzione legislativa del principio della "leale cooperazione istituzionale" non può essere intesa come preclusiva dell'applicabilità dell'istituto dell'accesso nei confronti dei soggetti pubblici aspiranti ad un'acquisizione documentale.

Specialmente in presenza di un "sistema" di soggetti pubblici tanto pletorico e disarmonico come quello nazionale, si è ritenuto che non vi sarebbe infatti ragione di ritenere riservato ai privati tale istituto, che offre il non trascurabile vantaggio di uno statuto di precise garanzie e di tutela giuridica anche in sede giudiziale, e di abbandonare invece in toto i soggetti pubblici che siano interessati ad ottenere un'ostensione documentale alle incognite di una collaborazione spontanea - inevitabilmente non sempre sollecita e puntuale - dell'Amministrazione di volta in volta legittimata passiva.

¹⁵ Per una puntuale ricostruzione si veda C.d.S., sez. V, 7-11-2008, n. 5573, in *Foro amm.* – *Cons. Stato*, 2008, 3033.

Non è sembrato dubbio, secondo questa impostazione, che l'esigenza di accesso avvertita da una Pubblica amministrazione debba disporre di una tutela di base almeno equivalente a quella accordata dalle norme generali del diritto pubblico alla generalità dei consociati, a meno di non incorrere in un inopinato quanto illogico ribaltamento di rapporti, in fatto di intensità di tutela, tra interessi privati e pubblici.

Atteso allora che l'art. 22 della legge n. 241/1990 annovera pur sempre tra i soggetti "interessati" anche i portatori di interessi pubblici, anche un "soggetto pubblico" che può, quindi, avvalersi, ove ritenga, dell'istituto dell'accesso ai documenti. Tale canone, pur nella sua elasticità, esige comportamenti coerenti e non contraddittori, un confronto su basi di correttezza e apertura alle altrui posizioni e al temperamento degli interessi, e, d'altro canto, non tollera atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati

Lo stesso principio è, allora, suscettibile di rilevare non solo come criterio orientativo per l'interpretazione specifica delle norme generali in tema di accesso, ma anche quale regola ulteriore, complementare e di diritto speciale, ossia come canone aggiuntivo per stabilire se la singola richiesta ostensiva del soggetto pubblico debba avere corso. Tale criterio acquista maggiore definizione specialmente se contestualizzato all'interno del particolare modulo relazionale di diritto pubblico che (eventualmente) intercorra tra i soggetti attivo e passivo dell'accesso, e che integra una cornice di particolare ausilio per decifrare la misura della cooperazione istituzionale dovuta.

Uno degli schemi relazionali che possono presentarsi, a questo riguardo, può essere anche quello tipicamente intercorrente tra concedente e concessionario (benché questo sia normalmente una comune società di capitali, piuttosto che un'Amministrazione pubblica).

Il richiamo alla "leale cooperazione istituzionale" vale perciò anche nei confronti di questi ultimi, avuto riguardo alla loro pur limitata posizione pubblicistica (che è lo stesso fattore, peraltro, che ha giustificato la loro sottoposizione all'obbligo di dare accesso alla stessa stregua delle PP.AA., in forza dell'art. 23 legge cit.).

Di conseguenza, ed in modo più incisivo, mentre l'art. 2, comma 2, ult. periodo, del d.P.R. n. 184 del 2006 detta la regola generale che "*La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso*", nella peculiare prospettiva, invece, della "leale cooperazione istituzionale", e avuto riguardo alla natura del rapporto specifico corrente tra le parti, si deve riconoscere che il compimento di una ragionevole attività di elaborazione può non essere in concreto rifiutabile¹⁷.

16 Il riferimento è a C.d.S., sez. V, 27-5-2011, n. 3190, in *Diritto e Giustizia*, 2011.

17 Così espressamente C.d.S., sez. V, 2-5-2011, n. 3190, in *Diritto e Giustizia*, 2011

Inoltre, in ordine alla delimitazione temporale della pretesa ostensiva, si precisa che 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 (119).

E' interessante notare che la normativa vigente definisce i termini di "*diritto di accesso*", di "*interessati*" e "*controinteressati*", di "*documento amministrativo*", e di "*pubblica amministrazione*" delineando in apertura quali sono i nodi strutturali della materia.

In particolare, si osserva che il diritto di accesso, quale principio generale dell'attività amministrativa imparziale e trasparente, è preordinato al perseguimento di finalità di interesse pubblico e, soprattutto, attinente "*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, II comma lettera m), della Costituzione*". La definizione esprime la rilevanza costituzionale del diritto di accesso in sé considerato e non in ragione dell'interesse ad esso, volta per volta, sotteso e bisognoso di tutela.

Il vecchio testo normativo aveva suscitato un acceso dibattito in materia di inquadramento del diritto di accesso tra le situazioni giuridiche autonome o piuttosto all'interno di quelle strumentale-procedimentali, risolto a favore della tesi che inquadra tale diritto tra le posizioni strumentali e procedimentali, come tali sottese alla tutela di una situazione giuridica sottostante, legittimante l'esercizio del diritto di accesso.

Tale diritto sicuramente risulta svincolato dal diritto di agire in giudizio e dal correlativo diritto alla prova, dal momento che esso non presuppone l'accertamento sulla fondatezza o sull'ammissibilità dell'eventuale domanda che l'interessato potrebbe proporre. La giurisprudenza, d'altronde, aveva già precisato che il diritto di accesso non assume un carattere meramente strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante e che lo stesso ha una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa possibilità di instaurazione del medesimo¹⁸.

La nuova tutela dell'accesso garantisce la trasparenza della p. a., indipendentemente dalla lesione, in concreto, di una determinata posizione di diritto o di interesse legittimo, mentre l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi viene elevato a bene della vita autonomo, meritevole di tutela, a prescindere dalle posizioni sulle quali potrebbe eventualmente incidere l'attività amministrativa. L'autonomia e l'indipendenza del diritto di accesso agli atti rispetto al diritto di agire in giudizio, non comporta però che il titolare di questo specifico interesse acquisti

¹⁸ C.d.S., Sez. VI, 9-1-2004, n. 14, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2004. Di conseguenza, tale diritto potrebbe essere esercitato anche nei confronti di un atto amministrativo ormai inoppugnabile (T.A.R. Lazio, n. 1968, 1998), rilevando ai fini dell'accesso solo il mero interesse dell'istante, purché caratterizzato dai requisiti della personalità, concretezza, attualità e serietà.

un nuovo ed autonomo potere perché rimane pur sempre un diritto per sua natura comunque strumentale, in quanto inevitabilmente funzionale al soddisfacimento di un interesse ad esso sotteso.

Proprio a questi fini, ai sensi dell'articolo 25, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 *"La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata. Essa deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente"*¹⁹.

Pertanto, il diritto di accesso è attribuito all'interessato esclusivamente per tutelare situazioni di vantaggio riconosciute dall'ordinamento, e non può configurarsi come una nuova situazione giuridica sostanziale. La normativa vigente e già richiamata, nell'individuare i legittimati attivi al diritto di accesso, li identifica in "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", restringendo l'ambito soggettivo dei titolari dell'accesso, richiedendo comunque un interesse diretto, concreto ed attuale. Il legislatore definendo poi l'ambito di operatività del diritto di accesso con particolare riferimento alle informazioni passibili di ostensione da parte della p. a., recepisce e fa proprio il principio del "diritto all'autodeterminazione informativa", facendo salve le disposizioni del codice della privacy in materia di accesso a dati personali, da parte della persona cui gli stessi si riferiscono.

4.2. Limiti ed esclusione dal diritto di accesso.

L'articolo 16 della legge 2005 n. 15, non modificata sul punto dalla successiva novella del 2009, sostituisce l'articolo 24 in tema di esclusione del diritto di accesso.

Il diritto di accesso è escluso per alcune tipologie di documenti ed, inoltre, si prevede che le singole pubbliche amministrazioni individuino le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso, fissando per ogni categoria di

¹⁹ Sul punto, il giudice amministrativo ha precisato che "Ai fini della individuazione dell'amministrazione obbligata all'esibizione dei documenti richiesti ai sensi dell'art. 25 l. 7 agosto 1990, n. 241, il criterio della formazione del documento è quello principale e generale, mentre quello della detenzione dello stesso assume un rilievo secondario e sussidiario. Segue da detta premessa, come corollario obbligato, che legittimata passiva deve intendersi (e presumersi) l'amministrazione che ha confezionato l'atto e, solo nell'ipotesi di successiva trasmissione della detenzione dello stesso a quella che lo detiene stabilmente, l'istanza di accesso può essere legittimamente rivolta a quest'ultima. In altri termini, la materiale disponibilità del documento non costituisce criterio generale di individuazione dell'amministrazione obbligata a pronunciare sull'istanza di accesso ma assume rilevanza a detto fine esclusivamente nel caso in cui sia comprovata una concorrenza dei due criteri, con la conseguenza che ove l'amministrazione che ha formato il documento sia diversa da quella che in atto lo detiene stabilmente, deve attribuirsi prevalenza al criterio del possesso dell'atto" (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 15-3-2011, n. 2353; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 28-1-2005, n. 680, in www.giustizia-amministrativa.it.)

documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso, ed in via generale non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

L' art. 16 inserisce non poche novità rispetto alla precedente formulazione del testo, soprattutto al fine di conciliare tale norma con la disciplina dettata dal codice della privacy.

Il primo comma della norma, infatti, esclude il diritto di accesso nei casi espressi di segreto, nei procedimenti tributari, nell'attività normativa della p. a., nei procedimenti selettivi, relativamente agli atti di tali procedure contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

Successivamente, al comma 2, si conferma la competenza specifica delle singole amministrazioni nell'individuazione dei documenti rientranti nelle suddette categorie. Il seguente comma 3 esplicita il principio, in precedenza estrapolato per via interpretativa, secondo cui "sono inammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni".

Nel comma 6, sono contenute, poi, interessanti novità in ordine al potere concesso al Governo di prevedere, con regolamento, ulteriori casi di esclusione dall'accesso ai documenti amministrativi, qualora dall'esercizio di tale diritto possa derivare una lesione "*specifica ed individuata*" alla personalità dello Stato ed ai rapporti dello stesso con la Comunità internazionale.

Viene ribadita altresì l'esclusione, già sancita dalla vecchia normativa, con riferimento agli interessi di natura monetaria e valutaria²⁰. Il diritto di accesso, secondo quanto previsto dalla legge n. 15 del 2005, può essere inoltre limitato dal potere esecutivo nel caso in cui venga in rilievo l'esigenza di garantire la tutela dell'ordine pubblico nelle sue più varie estrinsecazioni; quando lo stesso si ponga in contrasto con il diritto alla riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche o di gruppi, portatori e titolari di interessi qualificati; infine, qualora i documenti richiesti ineriscano alla contrattazione collettiva, senza introdurre, sul punto, grosse novità rispetto alla precedente formulazione.

Molto più interessante si mostra, invece, il comma 7 dell'art. 16 in commento, il quale rappresenta di certo una delle novità più rilevanti della nuova normativa. Infatti, mentre prima la disposizione che garantiva, comunque, l'accesso ai documenti amministrativi per la difesa di interessi giuridici era limitata ai soli casi di contrasto tra diritto di accesso e riservatezza, ora il

²⁰In proposito, va ricordata la sentenza n. 32 del 12 gennaio 2005 della Corte Costituzionale che ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 10, del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), sollevata con riferimento agli artt. 3, 24, 76 e 97 della Costituzione, nella parte in cui assoggetta al segreto d'ufficio l'intera documentazione in possesso della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), in ragione dell'attività di vigilanza. Nessuna violazione è stata ritenuta sussistente dal Giudice delle leggi.

legislatore ha posto una norma di chiusura del sistema, fissando il principio secondo cui tale esigenza acquista rilievo in tutti i casi possibili di esclusione del diritto di accesso.

4.3. Il coordinamento operato dalla legge 15/2005 con la nuova normativa a tutela dei dati personali: il nuovo equilibrio tra accesso e riservatezza.

L'evoluzione normativa.

La nuova legge approvata in via definitiva dal Parlamento il 26 gennaio 2005 di modifica ed integrazione alla legge 241/90; la relazione presentata al Parlamento il 9 febbraio da parte del Garante per la protezione dei dati personali e relativa all'attività svolta dall'Autorità nel corso del 2004²¹; la sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 12 gennaio 2005; nonché numerose sentenze dei giudici amministrativi hanno riproposto la questione del bilanciamento all'interno dell'ordinamento giuridico tra diritto di accesso e tutela della riservatezza.

La previsione del diritto di accesso agli atti amministrativi si confronta, però, con l'esistenza e la rilevanza di situazioni soggettive individuali e collettive altrettanto degne di tutela, quale la riservatezza dei soggetti coinvolti nelle vicende che, di volta in volta, possono divenire oggetto di conoscenza o divulgazione. Il legislatore, pertanto, è nuovamente intervenuto in materia con la legge 15 rivedendo la disciplina del diritto di accesso, rendendola più compatibile con il diritto alla riservatezza.

²¹ Nella relazione è stato affermato che *"il diritto di uscita è il mezzo che permette di riprendere pienamente il controllo della sfera privata, esercitando un potere di controllo sul flusso dei nostri dati, interrompendolo quando necessario e riattivandolo quando ci sembra opportuno"*. La relazione ha evidenziato, poi, che *"la privacy si presenta come un elemento fondamentale della società dell'eguaglianza. Senza una forte tutela dei dati riguardanti i loro rapporti con le istituzioni,... i cittadini rischiano d'essere esclusi dai processi democratici. Così la privacy diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella società della partecipazione... la stessa libertà personale è in pericolo. Senza una resistenza continua alle microviolazioni, ai controlli continui, capillari, oppressivi o invisibili che invadono la stessa vita quotidiana ci troviamo nudi e deboli di fronte a poteri pubblici e privati: la privacy si specifica così come una componente ineliminabile della società della dignità"*. Il Garante ha sottolineato, altresì, come la tutela della privacy non possa più essere intesa oggi nella sua accezione più ristretta di auto esclusione dalla società, ma si configuri come un valore in sé e come condizione per lo sviluppo della libertà della persona, per il pieno godimento dei diritti fondamentali, per la tutela della dignità dell'individuo. Quindi, anche il diritto alla riservatezza assurge a diritto fondamentale autonomo, come tale bisognoso di una tutela effettiva e non solo formale, in virtù della sua stretta correlazione con i valori più profondi dell'uomo, di diretta rilevanza costituzionale. Emerge, dunque, con chiarezza come anche alla luce della nuova normativa, comunque, rimane inalterato il ruolo delicatissimo svolto dai poteri pubblici, custodi ed utilizzatori di una mole enorme di dati personali che potrebbero costituire oggetto di richiesta di accesso, nell'annoso problema di bilanciare tale diritto, elevato espressamente a rango costituzionale, con il bisogno di proteggere i singoli ed i gruppi da indebite intrusioni nella loro sfera personale. Il successivo art. 16 della legge modificatrice della legge 241/90 ridetermina, poi, i casi di esclusione dal diritto di accesso inserendo non poche novità rispetto alla precedente formulazione del testo, soprattutto al fine di conciliare tale norma con la disciplina dettata dal codice della privacy. Il primo comma della norma de qua, infatti, esclude il diritto di accesso nei casi espressi di segreto, nei procedimenti tributari, nell'attività normativa della p. a., nei procedimenti selettivi, relativamente agli atti di tali procedure contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

Il diritto alla riservatezza è stato oggetto, con il decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003, c.d. “*codice della privacy*”, di uno specifico intervento normativo, in quanto, negli ultimi tempi, il bisogno di riservatezza ha teso ad ampliarsi notevolmente e ad assumere contenuti del tutto nuovi e diversi. Infatti, l’enorme e costante aumento quantitativo delle informazioni, specie di carattere personale, elaborate e messe in circolazione da soggetti sia pubblici che privati attraverso strumenti informatici e telematici sempre più sofisticati, ha determinato una invasione molto più penetrante nella sfera dell’individuo ed una evoluzione radicale circa le tecniche di trattamento delle informazioni. La descritta complessa situazione non poteva non determinare, come risposta immediata, l’esigenza, sempre più avvertita, di una maggiore tutela della sfera privata.

Tale tutela si concretizza, innanzitutto, nel diritto del singolo di pretendere che le informazioni relative alla sua persona non siano fatte circolare o, comunque, nel diritto di conservare il controllo sull’uso di tali informazioni al fine di intervenire, eventualmente, per integrarle, modificarle (attenuandone o riducendone l’estensione) o, addirittura, per ottenerne la distruzione. La tutela della riservatezza realizzata in tal modo diventa dunque uno strumento che, da una parte, garantisce all’individuo la libera costruzione della propria sfera privata e, dall’altra, consente allo stesso di esercitare un controllo sociale diffuso e continuo sugli organismi pubblici e privati che detengono le informazioni, per assicurare la trasparenza della loro attività ed impedire la creazione di poteri incontrollati.

Appare di evidente immediatezza il potenziale conflitto tra l’interesse pubblico alla trasparenza dell’attività amministrativa ed i diritti della personalità, soprattutto quando entra in gioco la sfera più intima della privacy. Il codice della privacy si apre con una serie di disposizioni e principi generali. Dopo l’enunciazione di tali finalità e modalità di condotta poste per gli operatori del settore, il codice elenca al successivo art. 4 una serie di “definizioni” aventi la funzione di chiarire i vari concetti utilizzati poi nel corpo della normativa.

Passando, poi, alla disciplina sostanziale del trattamento dei dati personali, il codice suddivide questi ultimi in varie categorie: dati comuni, sensibili, giudiziari e super sensibili (dati sulla salute o vita sessuale). Per ciò che concerne il trattamento dei dati personali non sensibili, è fissato anzitutto il principio che esso è consentito, da parte dei soggetti pubblici, esclusivamente per lo svolgimento delle funzioni istituzionali.

Non è necessaria, inoltre, una norma di legge o di regolamento che espressamente preveda il trattamento e non è richiesto il consenso dell’interessato. La comunicazione dei dati da parte di un soggetto pubblico ad altri soggetti pubblici, ove non sia espressamente disciplinata da norme di legge o regolamentari, è condizionata solo alla previa comunicazione al Garante. Decorso il

termine di 45 giorni, la procedura può liberamente seguire il proprio corso (opera nella fattispecie una sorta di silenzio assenso).

Diversa sorte è riservata invece al trattamento dei dati personali sensibili da parte dei soggetti pubblici, essendo lo stesso consentito solo se autorizzato dall'interessato, nonché previsto da una espressa disposizione di legge “nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse perseguite” (art. 20, co. 1). In questi casi, tuttavia, la p.a., in assenza di una previsione legislativa espressa, deve chiedere l'autorizzazione al trattamento al Garante, autorizzazione, questa volta, assoggettata ad un regime di silenzio-rigetto, decorsi 45 giorni dalla richiesta.

All'interno della categoria dei dati sensibili, il legislatore individua, poi, due tipi di dati (cosiddetti super sensibili), attinenti alla salute o alla vita sessuale, per i quali detta una disciplina ancora più restrittiva. In relazione ai dati sensibili idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, infatti, il trattamento è subordinato al consenso scritto dell'interessato ed alla preventiva autorizzazione del Garante.

La diversità di disciplina dei dati supersensibili rispetto alle altre categorie di dati, sia sensibili che non, diventa più netta e marcata proprio nel bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla privacy. Mentre, infatti, l'art. 59 del codice espressamente prevede sia per i dati personali in genere che per quelli sensibili e giudiziari che il diritto di accesso trovi la sua disciplina nella legge 241/90 e successive modifiche e nelle altre leggi in materia e relativi regolamenti di attuazione, il successivo art. 60 consente l'accesso per i dati relativi alla vita sessuale ed alla salute solo “se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale ed inviolabile”.

E' necessario, pertanto, esaminare nel dettaglio quando ed in quali limiti la tutela della riservatezza limiti il diritto di accesso e viceversa. La nuova formulazione dell'art. 24 della legge 241/90, dopo aver direttamente previsto delle ipotesi generali di esclusione per il diritto di accesso, statuisce che il Governo “*può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi oltre ai casi già esaminati, quando, in particolare, i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono e quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi*

all'espletamento del relativo mandato. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

Tale formulazione, rispetto alla precedente, è sicuramente più in linea con la disciplina dettata dal codice della privacy. Nella vecchia formulazione, infatti, mentre le prime tre categorie in essa previste indicavano dei limiti tassativi, tali da introdurre delle vere e proprie ipotesi di esclusione dall'accesso ai documenti, estremamente generico si rivelava il limite costituito dall'esigenza di tutelare la riservatezza dei terzi, atteso che solo quest'ultimo veniva temperato dalla necessità di garantire, comunque, agli interessati "la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici". In pratica, nella previsione della limitazione stessa, si cercava di conciliare e salvaguardare i due diversi interessi giuridici in competizione, con la conseguenza che la riservatezza non rappresentava più un vero e proprio limite, ma, più che altro, un ostacolo da armonizzare con le esigenze dei soggetti aventi un interesse all'accesso.

In tal modo, la riservatezza costituiva l'eccezione alla regola dell'accessibilità ai documenti amministrativi, eccezione viepiù passibile a sua volta di deroga (con conseguente riesplorazione del principio di accessibilità agli atti) qualora la conoscenza dei documenti, oggetto di richiesta, fosse preordinata alla cura o alla tutela degli interessi giuridici dell'istante. Le prime tre ipotesi, infatti, riguardavano categorie poste a tutela di interessi "propri" dell'amministrazione intesa in senso ampio; tali interessi erano, per così dire, "interni" alla stessa p. a., per cui lo scontro si svolgeva e si esauriva interamente tra l'amministrazione che intendeva tutelare col segreto tali interessi superiori e l'istante che chiedeva di conoscere l'attività posta in essere dal soggetto pubblico.

La fattispecie di cui alla lettera d), invece, prevedeva uno "scontro" che non si esauriva tra istante e p. a., ma più propriamente si svolgeva tra il soggetto che chiedeva l'accesso ed il controinteressato, il quale pretendeva che venisse salvaguardata la riservatezza dei propri dati personali, in qualche modo minacciata dalla richiesta di accesso avanzata. In questo caso, quindi, l'amministrazione rivestiva più un ruolo "giustiziale", essendo chiamata a cercare le modalità idonee a conciliare e comporre le contrapposte esigenze o ad individuare l'interesse prevalente con conseguente sacrificio di uno dei due diritti in competizione.

La formulazione della norma in commento, peraltro, non precisava in modo esplicito il criterio alla stregua del quale risolvere il contrasto tra i contrapposti interessi, né tale criterio era

agevolmente ricavabile dall'ordinamento complessivamente considerato. Il nuovo testo della norma, recependo almeno in parte i suggerimenti derivanti dalle interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali effettuate sotto la vigenza del vecchio testo, da una parte, sgancia la previsione normativa secondo cui "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici" dal solo limite della riservatezza, per trasformarlo in una esigenza di salvaguardia all'accesso riferita a tutti i possibili limiti posti in materia dall'Esecutivo, dall'altra, offre all'interprete, in qualche modo, degli elementi normativi sulla base dei quali operare la comparazione delle esigenze in conflitto, ricercare un possibile loro temperamento o stabilire l'interesse prevalente.

Il diritto di riservatezza non è posto dall'ordinamento né in termini assoluti, né in maniera chiara. Malgrado, infatti, il codice sancisca che "chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano", precisa poi che "i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso" (art. 59).

Il successivo art. 60 pone poi una importante eccezione legislativa alla disciplina prevista in generale, relativamente ai dati sensibili idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, prevedendo in tal caso che "il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile". La norma, tuttavia, non è chiara in merito al bilanciamento tra i diversi interessi in gioco debba essere effettuato in astratto, sulla base di una ricostruzione delle norme costituzionali e legislative, o se lo stesso possa essere risolto caso per caso, tenendo conto, oltre che degli indici normativi, di tutte le circostanze di fatto rilevanti nelle varie fattispecie.

L'arco temporale intercorrente tra i primi due interventi legislativi fondamentali in materia di diritto di accesso e riservatezza, la legge 241/90 e la legge 675/96, è caratterizzato dal fatto che, mentre il diritto di accesso ha ormai ricevuto una disciplina compiuta, la tutela del diritto alla riservatezza trova ancora fondamento e tutela esclusivamente nell'art. 2 della Costituzione in tema di diritti della personalità. Il diritto alla riservatezza, tuttavia, emerge indirettamente nella legge 241/90, la quale, sia pure senza fornirne una definizione o disciplina, lo pone all'art. 24, co. 2 let. d), tra i limiti al diritto di accesso agli atti amministrativi stabilendo che è necessario tener conto

dell'esigenza di riservatezza dei terzi, assegnando, comunque, una priorità al diritto di accesso, nel momento in cui si garantisce *comunque* "agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi".

Va evidenziata la discrepanza tra il combinato disposto degli artt. 22 e 25 da un lato e dall'art. 24 dall'altro: mentre, infatti, per il primo gruppo di norme è "riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi" da esercitarsi "mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi", per l'art. 24, invece, è semplicemente garantita "agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici"²².

Un'altra ipotesi interpretativa pone alla base delle proprie argomentazioni un elemento testuale laddove ammette l'ostensibilità degli atti incidenti sulla riservatezza dei terzi a condizione che vi sia una necessità di tutela. Non è sufficiente, quindi, che sussista una mera connessione tra la situazione giuridica e la conoscenza del documento, ma occorre un *quid pluris*, che si identifica nel grado di aggressione all'interesse del richiedente (nel senso che la situazione antigiuridica paventata deve essere in atto o, quanto meno, ragionevolmente prevedibile) e nella sussistenza di un nesso di pertinenza tra il documento e la tutela dell'interesse (occorre, pertanto, una "necessità" e non una mera "utilità" per consentire l'accesso).

Un ultimo filone interpretativo è rappresentato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 5/97. Tale pronuncia parte dall'assunto secondo cui il bilanciamento tra interessi contrapposti è già stato in origine operato dal legislatore. Le stesse disposizioni normative, infatti, stabiliscono che il diritto di accesso, derogando al principio di pubblicità, nel conflitto con il principio di riservatezza, soccombe. Tuttavia, nel caso in cui il diritto di accesso venga esercitato su atti la cui conoscenza è

²² Dottrina e giurisprudenza avevano elaborato al riguardo varie tesi. Secondo una teoria, data l'assenza di una regola generale univoca, la prevalenza dell'uno o dell'altro interesse non può che derivare dalla valutazione, effettuata caso per caso, della singola fattispecie concreta. In tal modo, però, l'amministrazione acquista un ruolo di mediazione fra i diversi interessi privati poco consoni al carattere proprio e specifico dell'attività discrezionale correlata al potere istituzionale dei soggetti pubblici; né può ritenersi soddisfacente la teoria secondo cui deve demandarsi al giudice il ruolo suddetto, giacché, comunque rimane la necessità di individuare un criterio oggettivo di risoluzione del conflitto, anche se piuttosto elastico e suscettibile di adeguamento in raffronto ai singoli casi concreti. Una seconda teoria si fonda, invece, sulla sostanza delle posizioni giuridiche in conflitto, propendendo per una valutazione di carattere generalizzante del problema. Secondo tale orientamento, dunque, mentre la riservatezza costituisce una posizione giuridica di rango costituzionale (art. 2 Cost.), la pretesa all'accesso, pur dotata di autonomia, è funzionale alla tutela di una situazione giuridicamente rilevante, che può assumere, di volta in volta, caratteri e connotati diversi. Di conseguenza, nel giudizio di bilanciamento, la posizione di base che sottende il diritto di accesso rappresenta il discrimen in base a cui è possibile individuare effettivamente l'interesse prevalente. Soltanto se tale posizione assurge alla dignità del diritto soggettivo a protezione costituzionale la pretesa all'accesso può prevalere sull'interesse alla riservatezza. In proposito si veda A. CARINGELLA - G. GAROFOLI - M. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, C. GALLO - S. FOA, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Aggiorn., 2000, p. 1 e 55, E. STOPPINI, *Commento all'art. 25*, in *Le nuove norme in materia di procedimento amministrativo, Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1995, p. 130 e ss.

necessaria per la cura o difesa di interessi giuridici, il diritto di accesso va consentito nella sola forma della visione. La tutela cd. modale preclude al richiedente la possibilità di estrarre copia o di trascrivere il contenuto del documento, salvaguardando il diritto alla riservatezza dai possibili pregiudizi che la copia o la trascrizione potrebbe cagionare.

La tutela riservatezza ha poi trovato la prima norma sistematica nella legge n. 675/96 che, facendo salve le norme in tema di diritto di accesso ai documenti amministrativi, stabilisce, comunque, che *“la comunicazione e la diffusione di dati personali da parte dei soggetti pubblici a privati o ad enti pubblici economici sono ammesse solo se previste da norme di legge o di regolamento”* (art. 27, co. 3). Specifica, poi, per il trattamento dei dati cosiddetti sensibili, che esso *“è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge nella quale siano specificati i dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le rilevanti finalità di interesse pubblico perseguite”* (art. 22, co. 3).

In giurisprudenza si ritiene che la legge 241/90 nel delineare il limite oggettivo della tutela della riservatezza, non fornendo alcuna idonea descrizione normativa del contenuto di detto limite, può essere integrata con la legge n. 675 del 1996, in materia di dati personali. Tale orientamento giurisprudenziale ha, dunque, introdotto le il cosiddetto *“un regime a doppio binario”*, in virtù del quale occorre distinguere l'ipotesi in cui la domanda di accesso riguarda documenti contenenti dati personali non sensibili rispetto al caso in cui, invece, la domanda abbia per oggetto dati sensibili. Nella prima ipotesi trova applicazione l'art. 24, co. 2 let. d), della legge 241/90 ed il contrasto tra diritto di accesso e tutela della riservatezza trova composizione secondo i principi posti dalla decisione 5/97 dell'Adunanza Plenaria, nel secondo caso, invece, in assenza di una legge che specificamente consenta l'accesso, l'esigenza di tutela della riservatezza prevale in modo rigido ed assoluto anche sul diritto alla difesa in giudizio garantito dall'art. 24 della Costituzione. Lo schema interpretativo su esposto è stato riveduto e, per così dire, *“aggiustato”* a seguito dell'emanazione del decreto legislativo n. 135 del 11 maggio 1999²³.

L'art. 16 di tale normativa, infatti, da una parte ha qualificato come *“di rilevante interesse pubblico”* i trattamenti di dati *“effettuati in conformità alle leggi e ai regolamenti per l'applicazione della disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi”* e, dall'altra, ha chiarito che quando la richiesta ha ad oggetto determinati dati sensibili e, precisamente, quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito solo se il diritto da far valere

²³ Si veda in proposito, G. ARENA, (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1992, G. GIANNÌ – C. BIONDI, *Ambito soggettivo di applicabilità delle norme contenute nella legge n. 241/1990 come integrate e modificate dalla legge n. 15/2005*, in www.giustamm.it, *Speciale sulla riforma della L. 241/1990*. J. MONDUCCI-G. SARTOR (a cura di), *Il codice in materia di protezione dei dati personali. Commentario sistematico al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Padova, 2004.

o difendere nella difesa in sede amministrativa o giudiziaria, “è di rango almeno pari a quello dell’interessato”.

La giurisprudenza amministrativa, invece, si è orientata nel senso di ritenere che la disposizione, applicata alla materia dell’accesso ai documenti amministrativi, rimette all’amministrazione ed al giudice la ponderazione comparativa tra il diritto alla riservatezza dei dati riguardanti la salute o la sfera sessuale e l’interesse sotteso alla domanda di accesso. E il bilanciamento degli opposti interessi, in tal caso, non va effettuato in astratto, bensì in concreto in modo tale da evitare il rischio di soluzioni generalizzanti fondate su di una mera comparazione gerarchica dei diritti in conflitto che, prescindendo da specifiche circostanze di fatto relative alle singole fattispecie concrete, si riduce ad una sterile ed improduttiva teorizzazione.

Le norme a tutela della riservatezza sono state rielaborate nel nuovo testo unico sulla privacy, che introduce, *expressis verbis*, il diritto di chiunque “alla protezione dei propri dati personali”. Tale normativa prevede, inoltre, che, senza il consenso dell’interessato, il trattamento dei dati da parte della p. a. possa avvenire esclusivamente per lo svolgimento di funzioni istituzionali e che il solo trattamento dei dati non sensibili possa realizzarsi anche senza un’espressa previsione normativa. I dati sensibili e giudiziari sono sottoposti allo stesso regime già previsto dall’art. 22 della legge 675/96 dopo la riforma del ‘99.

Tuttavia, sotto il profilo del bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla privacy, il legislatore non abbandona l’impostazione giurisprudenziale affermatasi sotto il vigore dei precedenti interventi normativi in materia. L’art. 59 del codice prevede espressamente, infatti, sia per i dati personali in genere che per quelli sensibili e giudiziari, che il diritto di accesso trovi la sua disciplina nella legge 241/90 e successive modifiche e nelle altre leggi in materia e relativi regolamenti di attuazione; quindi, per i dati personali sensibili il legislatore sembra ancora rimandare al bilanciamento tra contrapposti interessi ex legge 241/90, come sostenuto dall’Adunanza Plenaria n. 5/97 e confermato dalla successiva giurisprudenza.

L’unica vera novità è rappresentata dall’art. 60 del codice, che pone una tutela differenziata e specifica per i cd. dati super sensibili, vale a dire per i dati relativi alla vita sessuale ed alla salute che possono essere oggetto del diritto di accesso solo se l’istanza sottenda una situazione giuridica di rango almeno pari ai diritti dell’interessato, che consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

Dall’analisi dei vari interventi normativi che si sono succeduti, sia a livello nazionale che comunitario, nell’intento di introdurre nell’ordinamento giuridico delle forme di tutela volte a garantire da un lato il diritto di accesso ai documenti amministrativi e dall’altro il diritto alla riservatezza, emerge che non è stata elaborata una compiuta disciplina del bilanciamento tra diritto

di accesso e tutela della riservatezza. Le soluzioni, infatti, affidate alle pronunce giurisprudenziali dovranno cercare di contemperare gli interessi contrapposti, costruendo una scala gerarchica di diritti ed interessi tra loro potenzialmente confliggenti, ma analizzando la situazione sostanziale, valutando i concreti interessi contrapposti, le esigenze che si intendono salvaguardare nella fattispecie concreta e ricercando le possibili modalità pratiche che possano conciliare le opposte esigenze²⁴.

Le soluzioni adottate dalle amministrazioni possono muoversi, tuttavia, solo sul piano procedurale, perché una soluzione sostanziale e definitiva al problema di un corretto bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza può essere trovata soltanto a livello normativo. La nuova legge del 2005, infatti, cerca di risolvere il contrasto tra accesso e privacy prevedendo che *“nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”*.

La formulazione della norma pone forse qualche dubbio interpretativo, rendendo possibile più di una “lettura”²⁵. Una prima interpretazione più restrittiva è stata proposta nel senso di leggere la norma in commento nel senso di consentire l'accesso agli atti contenenti dati sensibili e giudiziari nel limite in cui sia strettamente indispensabile, limitando la disciplina prevista dall'art. 60 del codice sulla privacy ai soli dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale di terzi. Pertanto, secondo tale lettura della norma, all'interprete viene chiesta una valutazione comparativa in concreto tra esigenze contrapposte solo quando l'istanza di accesso vada a confliggere con dati “supersensibili”, i quali possono essere oggetto del diritto di accesso solo se l'istanza sottenda una situazione giuridica di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, che consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile; nel caso di istanze di accesso a dati sensibili o giudiziari, invece, le esigenze di riservatezza dei terzi interessati continuano a godere in generale solo di una tutela modale, che li mette al riparo dai pregiudizi che potrebbero derivare loro da una più ampia diffusione dei dati, se copiati o trascritti.

²⁴ E' questa la tesi che sembra sottesa alla decisione della Corte Costituzionale n. 32 del 12 gennaio 2005, in www.cortecostituzionale.it, che ha portato alla esclusione del diritto di accesso, basata proprio su una valutazione in concreto delle situazioni sostanziali tutelate dalle norme in confronto. Questa decisione, anche se non direttamente coinvolgente il rapporto tra accesso e privacy, è importante per la questione in argomento, proprio per il criterio adottato dal Giudice delle leggi e per la sensibilità dallo stesso manifestata nella comparazione e valutazione delle esigenze sottese alla richiesta di accesso rispetto alla tutela della politica monetaria e valutaria, e pertanto, a maggior ragione utilizzabile nel caso in cui il raffronto del diritto di accesso debba effettuarsi col diritto alla riservatezza opposto da un terzo. Ed è questa, ancor più, la tesi sottesa alla decisione del T.A.R. del Lazio n. 308/2005 che, da una parte “desume l'attuale inammissibilità della richiesta di accesso... anche sulla base della considerazione dei dati, oggetto dell'accesso, come ‘sensibili’, in quanto coinvolgono situazioni relative allo stato di salute”, dall'altra non esclude che la stessa “può, tuttavia, essere rimodulata e specificata..., con esclusione, in ogni caso, della documentazione sanitaria relativa alle persone disabili e degli atti che ne possano consentire l'identificazione”.

Una diversa interpretazione, più estensiva maggiormente intesa nel tentativo di bilanciare gli interessi sottesi ai diritti di accesso e riservatezza, è stata elaborata nel senso di leggere la norma de qua nel senso di consentire l'accesso agli atti contenenti dati sensibili e giudiziari nei limiti in cui sia strettamente indispensabile, applicando anche in tali fattispecie la disciplina prevista dal decreto legislativo 196/2003 per i cd. dati supersensibili.²⁶

Aderendo a tale seconda interpretazione, infatti, ne deriva che all'interprete viene chiesta una valutazione comparativa in concreto tra esigenze contrapposte non solo quando l'istanza di accesso vada a confliggere con dati "supersensibili", ma anche con dati "soltanto" sensibili e giudiziari; pertanto, anche questi ultimi possono essere oggetto del diritto di accesso solo se l'istanza sottenda una situazione giuridica di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, che consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile; in tal modo, quindi, soltanto per i dati cd. comuni le esigenze di riservatezza dei terzi interessati continuano a godere in generale solo di una tutela modale, che li mette al riparo dai pregiudizi che potrebbero derivare loro da una più ampia diffusione dei dati, se copiati o trascritti.

Il problema del bilanciamento tra diritto di accesso e tutela della riservatezza si può riflettere anche nel caso del trattamento di informazioni confidenziali nell'ambito delle gare di appalto pubbliche. La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, previsto, a tutela del diritto alla *privacy* dell'attività imprenditoriale, che il soggetto pubblico dinnanzi ad una motivata istanza di accesso agli atti relativi ad una procedura di gara, che implica l'ostensione di dati relativi ad imprese concorrenti, è tenuto comunque ad escludere, apponendo degli "*omissis*", parti del documento inessenziali all'interesse giuridico del richiedente. È opportuno evidenziare che nell'ambito degli appalti pubblici di forniture e servizi la possibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici di richiedere informazioni attraverso l'acquisizione di dati alle imprese partecipanti alle gare, ai fini della dimostrazione della capacità economica, è espressamente prevista dalla normativa comunitaria e dalla normativa nazionale di recepimento che si riferisce specificamente all'elenco delle principali forniture prestate negli ultimi tre anni, all'indicazione degli importi, alle date ed ai destinatari. Pertanto, le amministrazioni potranno richiedere alle imprese solo le informazioni strettamente necessarie allo svolgimento delle gare d'appalto, con esclusione di

25 A. FERRUCCI, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. 241/90*, in www.giustamm.it, *Speciale sulla riforma della L.241/1990*.

26 Si veda in ordine ai diversi orientamenti interpretativi M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p.430 e ss., M. CLARICH, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, intervento al Convegno "Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa", Roma, 11 febbraio 2004, in www.giustizia-amministrativa.it, M. OCCHIENA, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 407 ss., M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. 241/1990*, in F. Manganaro - A. Romano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Atti del Convegno di studi di Copanello, 25-26 giugno 2004,

qualsiasi informazione non pertinente ed eccedente le finalità istituzionali dell'ente e non funzionale alla tipologia dell'appalto da aggiudicare.²⁷

Va osservato che la più recente giurisprudenza pare orientata a valorizzare il bilanciamento in concreto tra gli interessi in gioco in presenza di una istanza di accesso che incide su valori c.d. supersensibili, inerenti cioè allo stato di salute o alla vita sessuale. In particolare, si è posto in luce che con riferimento alla norma dell'articolo 60 citato (per il quale, lo si ricorda, “*quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile*”) la giurisprudenza ha chiarito che il bilanciamento cui essa fa riferimento deve avvenire verificando non in astratto, ma in concreto se il diritto che si intende far valere o difendere attraverso l'accesso è di rango almeno pari a quello alla riservatezza²⁸.

4.4. Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi.

L'accesso agli atti, introdotto dalla legge n. 241 del 1990 al fine “*di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale*”, può essere vietato previa valida giustificazione motivando il diniego con la necessità di proteggere, mediante il segreto, uno o più interessi legislativamente previsti, quindi, è possibile invocare la necessità del segreto solo nei casi in cui vi sia l'esigenza obiettiva e reale di tutelare particolari e delicati interessi pubblici; esigenza che, tra l'altro, deve essere normativamente prevista e ritenuta prevalente sul diritto di accesso.

Da tale impostazione la giurisprudenza ha fatto discendere i seguenti corollari: il primo si riferisce al fatto che il “*segreto*” che impedisce l'accesso ai documenti non deve costituire la mera riaffermazione del tramontato principio di assoluta riservatezza dell'azione amministrativa; il secondo spiega che il segreto fatto salvo dalla legge n. 241/90 deve riferirsi esclusivamente ad

Torino, S. CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in www.giustamm.it, *Speciale sulla riforma della L.241/1990*.

²⁷ F. TASSONE, *Tutela della privacy, obbligo di trasmissione dati e trattamento informazioni confidenziali nell'ambito delle gare d'appalto pubblico*, in www.diritto2000.it.

²⁸ Sul punto, tra le altre, C.d.S., sez. IV, 6-5-2010, n. 2639 e, sez. VI, 27-10-2006, n. 6440, in www.giustizia-amministrativa.it.

ipotesi in cui esso mira a salvaguardare interessi di natura e consistenza diversa da quelli genericamente amministrativi.²⁹

Dunque, la trasparenza rappresenta la regola generale dell'azione amministrativa, e l'accesso ai documenti consente di rendere conoscibile la stessa da parte di chiunque vi abbia interesse. Di qui la duplice valenza del diritto di accesso: posizione soggettiva che da un lato garantisce al privato la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti nei confronti della p. a., e che dall'altro è, allo stesso tempo, funzionale ad assicurare la concretizzazione dei principi generali di imparzialità e trasparenza amministrativa.

Il diritto di accesso trova, oggi, riconoscimento nell'ordinamento, anche se con qualche limitazione maggiore del passato. L'art. 22 della legge 241/90 nel suo nuovo testo, infatti, da una parte amplia la categoria degli attribuendo 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, "*il diritto... di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi*"; dall'altra prevede un'ampia formulazione di documento amministrativo nonché di pubblica amministrazione.

Tuttavia, sotto il profilo oggettivo la norma precisa che la richiesta deve consentire di individuare l'estensione dell'accesso, poiché richieste generiche, da una parte, sottoporrebbero l'amministrazione ad una ricerca defatigante, incompatibile con la funzionalità dell'apparato pubblico, dall'altra, si rivelerebbero in palese contrasto con i principi di economicità ed efficienza dell'amministrazione. Di conseguenza, i documenti ai quali si intende accedere devono essere specificamente individuati nella richiesta, anche se, nei casi in cui il richiedente non sia nella condizione di conoscere l'esistenza di specifici atti effettivamente adottati, la giurisprudenza ha ammesso la possibilità che l'istanza di accesso non rechi l'indicazione puntuale dei singoli atti richiesti.

Ad ulteriore specificazione della necessaria determinatezza da parte della istanza di accesso, si pone ora, altresì, in nuovo comma 3 dell'art. 24 laddove statuisce che "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni".

Quanto ai profili processuali, la disciplina risulta dal coordinamento tra l'art. 25 della Legge 1990 n. 241, come modificato dalla Legge 2009 n. 69 e l'art. 116 del codice del processo amministrativo, approvato con il D.Lgs. 2010 n. 104. In particolare, l'articolo 25 della Legge 241 riguarda oggi solo alcuni profili della tutela processuale che vanno integrati con la previsione dell'art. 116 C.p.a.

²⁹ Per una ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale attuale si veda P. M. ZERMAN, *La trasparenza della p.a.*

L'articolo 25 è dotato di una rubrica che recita “*Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi*”; tuttavia, mentre i primi tre commi dell'articolo non subiscono modifiche, il comma 4 è oggetto di alcune innovazioni. Si chiarisce meglio che il decorso di trenta giorni senza risposta determina la formazione di un “*diniogo tacito*”, superandosi la precedente dizione che faceva ancora riferimento al “*rifiuto tacito*”. Si chiarisce la competenza del difensore civico in materia di ricorso amministrativo contro l'accesso, prevedendosi che essa riguarda solo gli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali. Si stabilisce che, qualora il difensore civico non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. E' previsto che, nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, il ricorso amministrativo è inoltrato presso la Commissione per l'accesso e che il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronuncino entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Si disciplina, per gli atti di competenza statale, il coordinamento con la normativa in materia di privacy, definendosi il rapporto tra la Commissione e il Garante per la protezione dei dati personali.

Infine, per ragioni di coerenza sistematica, si inseriscono all'interno dell'articolo 25, con alcuni cambiamenti di contenuto, le norme riguardanti, rispettivamente, la proposizione del ricorso per la tutela dell'accesso in pendenza del ricorso per l'annullamento del provvedimento, e la rappresentanza diretta delle parti.

5. Profili processuali della tutela.

L'articolo 22 della legge n. 241/1990 attribuiva la legittimazione ad agire per l'esercizio del diritto di accesso in ambito sostanziale (mediante la richiesta dei documenti all'amministrazione) a “*chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*”.

La disposizione era integrata dalla previsione contenuta nell'articolo 2 del regolamento di cui al D.P.R. n. 352/1992, il quale precisava che l'interesse deve essere “*personale e concreto*”.

Quest'ultima previsione risulta sostanzialmente confermata dall'art. 2 , comma 1, del D.P.R. 2006 n. 184, che integra il nuovo regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, ove si prevede che il diritto di accesso ai documenti amministrativi è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o

tra accesso e privacy nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

comunitario, da chiunque abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso.

Nella nuova formulazione dell'articolo 22, si definisce in modo esplicito la categoria degli "interessati", indicati come *"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"*.

Il comma 4 prevede che *"non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono."*

Peraltro, alcuni commentatori³⁰ sottolineano che non è chiaro il rapporto con le summenzionate disposizioni che fanno esplicito riferimento all'accesso alle informazioni, in materia ambientale e nell'ordinamento degli enti locali. Si ritiene che nel settore ambientale, i vincoli imposti dal diritto comunitario non possono consentire limitazioni di carattere oggettivo, posto che la normativa europea compie un'espressa menzione delle informazioni ambientali.

Per quanto riguarda gli enti locali, poi, resta nell'autonomia delle singole amministrazioni la possibilità di prevedere forme di accesso riferite anche ad informazioni non tradotte, formalmente, in documenti.

Secondo il comma 5 del nuovo articolo 23, *"l'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove non rientrante nella previsione dell'articolo 43, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, si informa al principio di leale cooperazione istituzionale."*

Inoltre, secondo il comma 6, *"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"*.

Ancora, l'articolo 24, comma 3, nella nuova formulazione, afferma che *"non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni."*

30 M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in www.giustamm.it, Speciale sulla riforma della L.241/1990, si veda altresì F. FRACCHIA, Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in F. Caringella - M. Protto, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, nota 112, F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, 9 e ss., M. IMMORDINO, *La tutela non giurisdizionale*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, pp. 518-520, N. PAOLANTONIO, *I riti camerale per l'accesso e per il silenzio*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 272, N. SAIITA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003, 393 e 55.

Dunque, la titolarità della legittimazione rimane correlata alla sussistenza di un interesse differenziato.

Tale prescrizione è riferita, in primo luogo, ai titolari di interessi legittimi e di diritti soggettivi e, cioè, delle tradizionali situazioni giuridiche soggettive protette dall'ordinamento.

Quanto al concetto di interesse personale e concreto si può ancora fare riferimento al citato art. 2, comma 1, del d.p.r. 2006 n. 184, il quale definisce come “*diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso*” l'interesse posto a fondamento della richiesta di accesso.

Tale definizione, insieme alla disposizione di cui all'articolo 24, escludono che il diritto di accesso possa presentare la connotazione di un'azione popolare, diretta ad effettuare un controllo sociale diffuso sull'attività amministrativa, pur essendo sufficiente la presenza di una situazione qualificata e protetta dall'ordinamento, insieme alla esistenza di un *interesse* correlato alla tutela.

Peraltro, il requisito dell'interesse è costantemente interpretato in senso ampio e omnicomprensivo.

L'ampliamento della sfera dei legittimati ad agire emerge inoltre dal riconoscimento della possibilità di esercitare il diritto di accesso in capo ai soggetti che partecipano al procedimento amministrativo, ai sensi degli articoli 7 e seguenti della legge n. 241/1990.

Le norme sulla partecipazione procedimentale attribuiscono agli intervenienti la facoltà di prendere visione degli atti. Sul piano strettamente letterale, le disposizioni non contemplano il potere più ampio di estrarre copia dei documenti. In assenza di apposite regole relative alla tutela, si ammette pacificamente che all'accesso endoprocedimentale sia applicabile la disciplina prevista dall'articolo 25 della legge n. 241/1990 e dall'art. 116 del codice del processo amministrativo.

Numerose altre disposizioni hanno ampliato, in determinati ambiti, il novero dei soggetti legittimati all'esercizio del diritto d'accesso. In primis, in tale ambito, è l'articolo 10 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali), il quale riconosce la possibilità di proporre la richiesta di accesso a tutti i cittadini, singoli o associati, e prevede l'obbligo per gli enti locali di dettare norme regolamentari per assicurare ai cittadini medesimi l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che li riguardano.

La disciplina del testo unico dispone che il regolamento debba assicurare “*il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione*”.

La formulazione della norma dell'art. 10 del T.U.E.L. ha condotto la giurisprudenza recente a verificare se l'accesso agli atti di un'amministrazione locale, tanto più quanto esso sia specialmente regolato da un apposito regolamento, possa prescindere o meno dalle, ovvero possa

derogare alle, condizioni generali per l'esercizio dell'accesso fissate dall'articolo 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Secondo la prevalente impostazione, la disposizione contenuta nel primo comma dell'articolo 10 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (secondo cui *“tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale, ad eccezione di quelli riservati per espressa disposizione 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”*), sancisce il principio della pubblicità degli atti delle amministrazioni locali, senza tuttavia che ciò possa implicare una diversa configurazione del diritto di accesso, così come delineato dall'articolo 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e senza neppure disciplinare modalità differenziate di esercizio di tale diritto.

Per quanto riguarda i requisiti di accoglimento della domanda di accesso, non sussiste dunque alcuna ragione per discostarsi da quelli contenuti nella disciplina generale di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241.

In altri termini, l'articolo 10 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (e prima di esso l'articolo 7 della legge 8 giugno 1990, n. 142), contiene una deroga all'articolo 24 della citata legge 7 agosto 1990, n. 241, ma non alle disposizioni di cui al successivo articolo 25. Ne consegue che non è munita di base normativa la tesi, pure prospettata a livello interpretativo, secondo la quale in forza dell'art. 10 del T.U.E.L. l'accesso agli atti degli enti locali non sarebbe, in generale, subordinato alla dimostrazione dell'interesse (all'accesso), secondo le disposizioni generali di cui all'articolo 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241³¹.

Il decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 39, inoltre, stabilisce che le autorità pubbliche sono tenute a rendere disponibili le informazioni relative all'ambiente *“a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dimostrare il proprio interesse”*. La normativa rinvia espressamente alla legge n. 241/1990, per quanto attiene ai profili processuali.

L'articolo 26 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, infine, riconosce il diritto di accesso in capo alle associazioni di promozione sociale. L'ampliamento della legittimazione sostanziale ad esercitare il diritto d'accesso porta ad attenuare i contorni soggettivistici dell'azione giurisdizionale, introducendo elementi che riducono notevolmente le distanze rispetto alla giurisdizione di tipo oggettivo.

L'intervento *“riformatore”* ha sostanzialmente operato una mera sistematizzazione della disciplina relativa alla tutela giurisdizionale del diritto di accesso già contenuta, oltre che nella

³¹ In tal senso di recente C.d.S., sez. V, 24-3-2011, n. 1772, in www.giustizia-amministrativa.it.

stessa l. n. 241/1990, nella l. n. 1034 del 1971 (quale risultante a seguito delle modifiche apportate con la l. n. 205/2000 in tema di rappresentanza processuale delle parti e di giudizio incidentale in materia di accesso ed ha “*formalizzato*” la giurisdizione del giudice amministrativo nei tipi della giurisdizione esclusiva.

Quanto alle modalità relative alla tutela del diritto di accesso in sede processuale, la norma dell’art. 116 c.p.a. dispone che, contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso, compresa quindi l’ipotesi in cui l’amministrazione abbia esercitato il potere di differimento, è dato il ricorso al giudice amministrativo, da proporre nel termine di trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio.

Nel caso in cui il richiedente l’accesso abbia esperito i procedimenti di riesame in via amministrativa avanti il difensore civico o la Commissione per l’accesso, il termine per la presentazione del ricorso giurisdizionale decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, da parte del richiedente, dell’esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione stessa.

La formula usata dal legislatore in merito alla esperibilità dei rimedi per la tutela del diritto di accesso consente di individuare nel ricorso giurisdizionale lo strumento “*generale*” per la tutela della posizione giuridica soggettiva che viene in rilievo in occasione dell’esercizio del diritto: sia essa la posizione del richiedente l’accesso, sia quella del soggetto titolare di un interesse ad essa contrapposto. Mentre, però, al soggetto richiedente è posta l’alternativa tra il rimedio amministrativo e quello avanti al giudice, il soggetto “*controinteressato*” all’accesso non ha, alla stregua del dato letterale, come si è accennato, altro rimedio se non quello giurisdizionale; se e in quanto -è opportuno aggiungere- sia stato messo in condizione di conoscere la determinazione relativa all’accesso dalla quale gli possa derivare un pregiudizio.

In definitiva, quindi, il ricorso giurisdizionale si pone come strumento alternativo di tutela per il solo richiedente l’accesso; come unico strumento, invece, per il soggetto terzo titolare di un interesse che verrebbe compromesso dall’esercizio dell’accesso, in quanto titolare di un dato che altri chiedono di conoscere. In particolare, l’onere di notificare il ricorso agli eventuali controinteressati è stato sancito dal Consiglio di Stato³² nel quadro di una riflessione più ampia sui caratteri del giudizio. Ora, questa posizione è ben chiarita dalla nuova formulazione dell’articolo 22, comma 1, che definisce “*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*”.

La presenza di controinteressati, inoltre, è stata negata nel caso di accesso proposto da un consigliere comunale, con riferimento ad atti pertinenti all’esercizio del mandato, ovvero

³² C.d.S. , Ad. plen., 24 giugno 1999, n. 168, in www.giustizia-amministrativa.it.

nell'ipotesi di ricorso per l'accesso agli elaborati concorsuali. Più in generale, si è ritenuto che ricorra la figura del controinteressato soltanto nei casi in cui la domanda incida direttamente sul suo interesse alla riservatezza, situazione che si verifica, ad esempio, allorché sia minacciato qualcuno degli interessi indicati nell'articolo 8 del D.P.R. 27 giugno 1992 n. 352 (interesse epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale).

Quanto ai presupposti e alle finalità dell'accesso da parte dei consiglieri comunali, la giurisprudenza ha osservato che il diritto di accesso loro riconosciuto ha una ratio diversa da quella che contraddistingue il diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto alla generalità dei cittadini (ex articolo 10 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), ovvero a chiunque sia portatore di un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso" (ex art. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241): è strettamente funzionale all'esercizio del mandato, alla verifica e al controllo del comportamento degli organi istituzionali decisionali dell'ente locale ai fini della tutela degli interessi pubblici ed è peculiare espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività³³.

Si ritiene, inoltre, che non sia soggetto ad alcun onere motivazionale giacché diversamente opinando sarebbe introdotto una sorta di controllo dell'ente, attraverso i propri uffici, sull'esercizio del mandato del consigliere comunale; che il termine "utili", contenuto nell' articolo 43 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 garantisca l'estensione di tale diritto di accesso a qualsiasi atto ravvisato utile per l'esercizio del mandato³⁴ senza che alcuna limitazione possa derivare dall'eventuale natura riservata delle informazioni richieste essendo il consigliere vincolato al segreto d'ufficio³⁵;

Infine, gli unici limiti all'esercizio del diritto di accesso dei consiglieri comunali si rinverrebbero, per un verso, nel fatto che esso debba avvenire in modo da comportare il minor aggravio possibile per gli uffici comunali e, per altro verso, che non debba sostanzarsi in richieste assolutamente generiche ovvero meramente emulative, fermo restando che la sussistenza di tali caratteri debba essere attentamente e approfonditamente vagliata in concreto al fine di non introdurre surrettiziamente inammissibili limitazione al diritto stesso³⁶.

Vanno poi segnalate le difficoltà che i ricorrenti potrebbero incontrare al momento di integrare il contraddittorio: la posizione del controinteressato non è agevolmente desumibile dal provvedimento impugnato: spesso, infatti, si tratta di persone menzionate nei documenti di cui è

³³ Cfr. da ultimo C.d.S., Sez.V, 17-9-2010, n.6963 e. negli stessi termini si veda C.d.S., Sez. I, 26-5-2010, n.1858; Sez.V, 22-2-2007, n.929 e 2-9-2005, n.4471, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Cfr. C.d.S. n.6963/2010 *cit*.

³⁵ C.d.S., sez. V, 4-5-2004, n. 2716 e da ultimo Tar Trentino Alto Adige, Trento, Sez.I, 7-5-2009, n.143, in www.giustizia-amministrativa.it.

stato negato l'accesso, le quali, proprio in ragione di tale diniego, non sempre sono individuabili a priori dal richiedente. In tali casi, l'onere di integrare il contraddittorio comporterebbe «una inconcepibile lesione del loro diritto alla tutela giurisdizionale», ferma comunque restando la possibilità per il giudice di concedere la rimessione in termini per errore scusabile.

In proposito, assume rilievo la nuova disposizione del Codice del processo amministrativo il quale all'articolo 41 prevede che il ricorso vada notificato, a pena di decadenza ai soggetti individuati nell'atto e non più semplicemente individuabili anche se la previsione specifica dell'art 116 del C.P.A. che prevede la sole integrazione del contraddittorio su ordine del giudice, e non più inammissibilità, ha fatto venir meno in parte la rilevanza pratica della questione.

Si esaminano le disposizioni inerenti la posizione dell'amministrazione resistente in giudizio.

L'articolo 23 della legge n. 241/1990 (come sostituito dall'art. 4, comma 2, della legge n. 265/1999, ma prima della successiva riforma), stabilisce che *“il diritto di accesso di cui all'articolo 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. 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”*.

Ai sensi dell'art. 25, comma 2, la richiesta di accesso deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente.

Ora, nella nuova versione dell'articolo 22, al comma 1, lettera e), si prevede che rientrano nella nozione di *“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”*. In armonia con quanto più in generale disposto dal nuovo comma 1-ter dell'articolo 1 prevede che *“I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”*, compresi, quindi, anche i canoni generali della pubblicità e della trasparenza. Tali soggetti, in quanto competenti ad assumere la determinazione sul diritto di accesso, acquisiscono la qualifica di parti resistenti nel giudizio.

La legge si riferisce anche ai *gestori* (e non più ai soli *concessionari*, come era previsto nella formulazione originaria dell'articolo 23) di servizi pubblici, indipendentemente dalla loro qualificazione pubblica o privata. Pertanto, non sussiste alcun dubbio circa la necessità che parte resistente debba essere il soggetto il quale abbia assunto la determinazione, o serbato il silenzio, a seguito della richiesta di accesso. Ciò non esclude che, poiché la legge si riferisce sia all'amministrazione che detiene il documento, sia a quella che lo ha formato, potrebbe verificarsi il

36 Sul punto, di recente, C.d.S., sez. V, 29-8-2011 n. 4829 e C.d.S., sez. V, 8-9-2011 n. 5058, in www.giustizia-

caso in cui la parte pubblica evocata in giudizio perché ha negato l'accesso non abbia la materiale disponibilità del documento. In tal caso, allora, si dovrebbe ammettere l'integrazione del contraddittorio nei confronti del soggetto che può in concreto ostendere il documento.

Quanto alla notifica del ricorso al controinteressato si applicano delle regole generali del giudizio impugnatorio. L'orientamento prevalente della giurisprudenza era stato favorevole alla sussistenza di un onere per il ricorrente di notificare il ricorso al controinteressato, individuato nel soggetto che abbia un interesse strettamente personale, cui si riferisce il documento oggetto della originaria richiesta di accesso. Tale tesi era stata avvalorata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 16/1999, che aveva ritenuto, a fronte del potere amministrativo, che la posizione del privato si configurasse quale interesse legittimo e non come diritto soggettivo, anche se la problematica ha oggi perso rilievo per la specifica disposizione del C.P.A., come sopra rilevato.

Non si era trattato di opinione unanime: a parte le numerose voci critiche in dottrina; la giurisprudenza non ha mancato di riproporre, anche di recente, la qualificazione della posizione del richiedente nei termini di diritto soggettivo³⁷.

Quanto ai caratteri del giudizio, l'articolo 25 della legge n. 241/1990 e l'art. 116 del C.P.A. prefigurano uno specifico procedimento giurisdizionale per la definizione della controversia. Non si tratta di procedimento cautelare. Esso è infatti preordinato all'adozione di una decisione idonea a definire il giudizio e, comunque, è svincolato dalla sussistenza del presupposto del *periculum in mora*.

Si tratta, invece, di un *procedimento camerale speciale*, cui si applicano pertanto anche le previsioni dell'art. 87 del C.P.A., che si chiude con una decisione da qualificare come sentenza. I profili di specialità del giudizio attengono, fra l'altro al termine di proposizione dell'azione (trenta giorni in luogo di sessanta), alla previsione del rito camerale e di un breve termine di conclusione del giudizio, trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito), alla semplificazione delle modalità di difesa processuale, alla tipizzazione del potere del giudice in caso di parziale o totale accoglimento del ricorso (ordine di esibizione del documento) nonché alla riduzione del termine di proposizione dell'appello (trenta giorni dalla notifica della sentenza di primo grado).

La previsione di termini ridotti configura il giudizio come un rito accelerato, mentre l'applicabilità dell'istituto della sospensione feriale dei termini esclude la sua qualificazione come rito d'urgenza.

amministrativa.it.

³⁷ C.d.S., sez. VI, 9 maggio 2002, n. 2542, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1098; sez. IV, 19 marzo 2001, n. 1621, *id.*, 2001, 714; 24 luglio 2000, n. 4092, *id.*, 2000, I, 1794. V. altresì sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 1621, *id.*, 2001, 714; 24 luglio 2000, n. 4092, *id.*, 2000, I, 1794. V. altresì sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191, in *Giur. it.*, 2001, 1268, ove si nega che il giudizio in materia di accesso abbia carattere impugnatorio.

Con riguardo alla proposizione del ricorso, va ricordato l'orientamento secondo cui, in caso di sopravvenuto diniego espresso, l'interessato può proporre l'azione giurisdizionale entro trenta giorni, ancorché prima non abbia impugnato tempestivamente il silenzio-rifiuto³⁸.

Parte della giurisprudenza si è espressa nel senso che la domanda di accesso sia espressione di un diritto soggettivo all'informazione, esercitabile entro il termine di prescrizione. L'articolo 25, comma 4, della legge n. 241/1990, con specifico riferimento ai casi di rifiuto, espresso o tacito, e di differimento dell'accesso, consente all'interessato di chiedere nel termine di trenta giorni al difensore civico competente il riesame della determinazione; i termini per impugnare sono dunque interrotti a seguito della presentazione della richiesta di riesame. La norma è stata profondamente riscritta dalla legge 15/2005.

Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente. Nel caso in cui l'amministrazione non emani il "*provvedimento confermativo motivato*" entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, "*l'accesso è consentito*"³⁹.

L'inerzia dell'amministrazione è ritenuta equipollente all'accoglimento della richiesta, quando è preceduta dalla sollecitazione del difensore a riesaminare il diniego anche dell'amministrazione. La circostanza che la legge richieda l'emanazione di un provvedimento "*motivato*" di conferma del diniego da parte dell'amministrazione consente di affermare che ci si trova dinanzi ad un provvedimento solo "*apparentemente confermativo*"⁴⁰. Nell'ipotesi in cui si sia rivolto al difensore civico, il richiedente potrà adire il giudice amministrativo entro trenta giorni dal ricevimento dell'esito dell'istanza presentata al difensore. Il ricorso al difensore civico non preclude la successiva azione in sede giurisdizionale in linea con la finalità deflattiva che ispira la

³⁸ C.d.S., sez. V, 26 settembre 2000, n. 5109, in *Giur. it.*, 2001, 392; sez. IV, 8 settembre 1995, n. 688, in *Foro amm.*, 1995, 1838.

³⁹ Vedi C.d.S., sez. IV, 18-2-2010 n. 966, C.d.S.; sez. IV, 10-4-2009, n. 2241, C.d.S., sez. V, 25-2-2009, n. 1123, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul dibattito in materia vedi A. SANDULLI, *Le nuove leggi amministrative, L'Azione Amministrativa*, Giuffrè 2005 e M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in *www.giustamm.it.*, G.P. CIRILLO, *Il nuovo sistema della tutela giustiziale e giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, M. OCCHIENA, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy*, in *Dir. e processo amm.*, 1998, p. 407 ss., M. MINNITI, *L'azione amministrativa nella legge n. 15/2005*, in *Diritto e Giustizia*, n.11/2005, F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M. T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1999, p. 495 per una disamina dei mutamenti normativi ed ordinamentali in materia nel senso della tutela del privato, G.P. CIRILLO, *Il nuovo sistema della tutela giustiziale e giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. e processo amm.*, 1996, p. 430 e ss.

⁴⁰ M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in *www.giustamm.it*, Speciale sulla riforma della L.241/1990.

normativa in esame, diretta a favorire l'impiego di uno strumento facoltativo di risoluzione della controversia in sede non giurisdizionale.

Nel caso delle amministrazioni statali la tutela è proponibile solo davanti alla commissione per l'accesso ai documenti. Per gli altri enti, nel caso in cui non sia stato costituito il difensore civico, la competenza è attribuita all'organo del livello territoriale superiore. In tal modo, però, si determina un'intersezione di competenze che non pare del tutto compatibile con il disegno autonomistico definito dal Titolo Quinto della Costituzione. Nel rapporto tra Regioni ed enti locali, infatti, dovrebbe essere garantito, comunque un adeguato spazio di autonomia alle amministrazioni territoriali. L'opzione legislativa, invece, comporta una forzatura del sistema che non appare giustificata⁴¹.

Quanto al rapporto tra legge statale e legge regionale, si rimanda a quanto detto in ordine all'art. 29 fermo restando che la possibilità di ricorrere al difensore civico è configurata come livello minimo di tutela dell'interessato: quindi, le Regioni non potrebbero escludere il ricorso al difensore civico per il caso in cui le amministrazioni locali avessero omissis di istituirlo.

Lo scopo della nuova disciplina è quello di rendere più semplice e spedito il processo speciale previsto dall'articolo 25 della legge n. 241/1990. L'obiettivo è perseguito eliminando l'obbligo della difesa tecnica per il ricorrente e per l'amministrazione. Le regole processuali sono operanti anche nel caso in cui la parte ricorrente non si limiti a contestare la singola determinazione in materia di accesso, ma proponga anche una specifica impugnativa contro atti di natura regolamentare, posto che anche tali controversie rientrano nel raggio di azione dell'art. 25 della legge n. 241/1990. Seppure il comma 3 si riferisce esclusivamente alla parte ricorrente, non sembra dubitabile che la regola debba essere applicata a tutte le parti private del processo (controinteressati, interventori *ad adiuvandum* o *ad opponendum*). Contro questa soluzione non vale obiettare che le regole sulla difesa personale assumono carattere eccezionale e non sono suscettibili di applicazione analogica, perché una lettura restrittiva dell'articolo susciterebbe gravi dubbi di legittimità costituzionale per disparità tra le parti⁴².

Quanto alla rappresentanza dell'amministrazione, è necessario chiarire che l'espressione "amministrazione" va intesa in senso ampio, comprendendo anche i gestori di pubblici servizi, nei cui confronti, sul piano sostanziale, si esercita il diritto di accesso. La disposizione richiede come unica ed indefettibile condizione che il soggetto rappresentante dell'amministrazione sia in possesso della qualifica di dirigente.

⁴¹ M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in www.giustamm.it, Speciale sulla riforma della L.241/1990.

⁴² M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in www.giustamm.it, Speciale sulla riforma della L.241/1990.

L'opzione legislativa appare non in linea con quanto disposto dal nuovo art. 417-bis del c.p.c., introdotto dal decreto n. 80/1998, che considera i "dipendenti", senza ulteriori requisiti. In tal modo, la norma è inapplicabile alle amministrazioni (specie locali), di minore dimensione, che sono proprio i soggetti più interessati a ridurre i costi della difesa in giudizio. D'altro canto, il riferimento alla qualifica di dirigente pone inconvenienti di altro tipo.

Occorre sottolineare, al proposito, che la norma non prevede affatto la possibilità che il dirigente investito della rappresentanza processuale possa delegare il proprio compito (o anche singoli atti) ad altro funzionario privo della necessaria qualifica, nemmeno nelle ipotesi in cui la subdelega sia indicata nell'atto di autorizzazione. La qualifica di dirigente, senza alcuna specificazione, poi, non assicura alcuna particolare garanzia di professionalità in relazione al giudizio di accesso ai documenti. La norma consente che la difesa possa essere assunta da un qualsiasi dirigente dell'amministrazione, ancorché non assegnato all'attività relativa alle relazioni con il pubblico (competente, in prima battuta, a valutare le richieste di accesso) ed il relativo contenzioso, o all'ufficio che detiene stabilmente i documenti. La norma stabilisce che la rappresentanza è subordinata alla "*autorizzazione del rappresentante legale dell'ente*". La formulazione della norma non chiarisce tuttavia se si tratta di una autorizzazione "*preventiva*", idonea ad investire il dirigente della necessaria qualificazione, o se, al contrario, l'autorizzazione deve essere riferita, di volta in volta, alla singola controversia.

La *ratio* della norma, intesa a semplificare ed accelerare i tempi del giudizio, induce a ritenere che sia sufficiente una unica autorizzazione preventiva. Peraltro, anche questa soluzione si deve coordinare con i principi che regolano le modalità di gestione del contenzioso delle amministrazioni. Infatti, la norma non sembra toccare il principio secondo cui la determinazione in ordine alla posizione processuale da assumere spetta sempre all'organo deliberante dell'ente.

Con riferimento agli enti locali, quindi, la determinazione di resistenza in giudizio dovrebbe comunque essere assunta dalla giunta, che è anche l'organo competente a decidere in ordine al tipo di difesa tecnica da assumere. Una volta che la Giunta municipale abbia assunto la decisione in ordine alla lite, avvalendosi di un proprio dirigente, questi è investito della difesa tecnica dell'amministrazione, sulla base della autorizzazione generale già conseguita. Non è invece necessario il conferimento di un autonomo atto di procura.

La norma appare di difficile applicazione per le amministrazioni statali e per quelle che si avvalgono del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. La valutazione sull'opportunità di assicurare la difesa tecnica sembra riservata, in prima battuta, alla sola Avvocatura, la quale avrà il compito di decidere se assumere il patrocinio diretto o lasciare tale compito al dirigente competente. In questo senso, sembra inevitabile ritenere applicabile, in via analogica, la disposizione contenuta

nell'art. 417-bis, comma secondo, che definisce in modo puntuale i rapporti dell'Avvocatura con gli organi di amministrazione attiva. Resta fermo, ovviamente, il potere del legale rappresentante dell'amministrazione di fornire le opportune direttive.

Il nuovo C.P.A ha innovato sul punto non essendo più necessaria la qualifica dirigenziale, in quanto l'articolo 116, comma terzo, del C.P.A si limita a prevedere che l'Amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato, e, quindi, anche privo della qualifica dirigenziale.

Tuttavia, la difesa personale della parte ricorrente di quella resistente, pubblica o privata, non è ammessa in grado di appello atteso che davanti al Consiglio di Stato è necessario il patrocinio del difensore abilitato alla difesa presso le giurisdizioni superiori, ai sensi dell'articolo 22, comma 2°, del C.P.A. Tale disposizione trova applicazione anche nei giudizi in materia di accesso, atteso che l'art. 95, comma 6, C.P.A stabilisce che *“ai giudizi di impugnazione non si applica l'articolo 23, comma 1”*, che prevede la possibilità di difesa personale delle parti, tra l'altro, nei giudizi in materia di accesso, così escludendo in maniera tassativa la possibilità di difesa personale delle parti nei giudizi in materia di accesso davanti al Consiglio di Stato⁴³.

Quanto al deposito del ricorso ed alla decisione, ai sensi dell'articolo 116 del C.P.A, il giudice decide *“entro un termine non superiore di norma a trenta giorni”*, in camera di consiglio. Ne deriva che non è necessaria la presentazione dell'istanza di fissazione di udienza.

La ristrettezza dei termini del giudizio sommario non impedisce che, sussistendo condizioni eccezionali in cui la tutela della situazione del richiedente l'accesso non potrebbe attendere neppure lo svolgersi del rito accelerato, è ammissibile l'adozione di una misura cautelare in caso di silenzio o di determinazione non soddisfacente dell'amministrazione. Il contraddittorio è validamente costituito ancorché non sia stato comunicato all'amministrazione l'avviso di udienza. Il comma 6 stabiliva, poi, che, in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso, il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti. Ora, la riforma della legge n. 241/1990 ha previsto una dizione parzialmente diversa, stabilendo che *“il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti”*.

La peculiarità del giudizio in tema di accesso consiste nel fatto che l'autorità giudiziaria si spinge ad accertare la fondatezza della pretesa del richiedente, e, soprattutto, sussistendone i presupposti, può ordinare l'esibizione del documento.

Quanto all'appello ed all'esecuzione, ai sensi dell'articolo 25 della legge n. 241/1990, *“la decisione del tribunale è appellabile, entro e non oltre trenta giorni dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini”*.

43 C.d.S., sez. V, 19-10-2011 n. 5623, in www.giustizia-amministrativa.it.

Ancorché tra i commentatori si sia sostenuto che l'ordine di esibizione non potrebbe essere eseguito prima del passaggio in giudicato della sentenza, è preferibile ritenere che trovino applicazione i principi generali in tema di obbligo di esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo⁴⁴.

Quindi, la decisione sul ricorso in tema di accesso va qualificata come sentenza e per la sua ottemperanza è esperibile il ricorso di cui all'articolo 112 del codice del processo amministrativo, ora ammissibile anche nei casi in cui la sentenza non sia passata in giudicato.

La posizione giurisprudenziale che negava l'esperibilità del ricorso per l'accesso in pendenza dell'azione giurisdizionale inerente al rapporto sostanziale sottostante, in considerazione della "priorità" dei mezzi istruttori preordinati all'acquisizione dei documenti nella disponibilità del giudice, è stata, come è noto, superata dalla previsione contenuta all'art. 1 della l. n. 205/2000, di modifica dell'art. 21 della l. n. 1034/1971, e confermata dall'articolo 116, comma II, del C. P. A. che ha sancito, nella sostanza, l'autonomia dell'esercizio del diritto di accesso rispetto all'azione giurisdizionale.

Tale previsione, con alcune puntualizzazioni, è stata inserita nel nuovo art. 116, comma II, del C. P. A. Dispone la norma che, in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso giurisdizionale a tutela del diritto di accesso *può* essere proposto con *istanza* presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio. La decisione del tribunale è appellabile di norma, ai sensi dell'articolo 87 del C. P. A. entro trenta giorni dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini.

Il ricorso in materia di accesso è, in questo caso, configurato come incidentale rispetto al giudizio ordinario; tuttavia, rimane nella facoltà dell'interessato proporre un ricorso autonomo per il quale troverebbero comunque applicazione le norme speciali del rito in materia di tutela dell'accesso (in astratto, anche quella relativa alla rappresentanza delle parti) e che verrebbe ad essere deciso dal medesimo giudice cui è sottoposta la valutazione del rapporto sostanziale.

E' soprattutto nel rapporto tra l'azione per la tutela del diritto di accesso e quella ordinaria che si risolve la problematica circa il carattere del giudizio; la giurisprudenza oscilla tra due tesi ossia se si tratti di un rimedio autonomo che, per quanto inserito in un procedimento pendente, possa condurre alla ostensione di documenti non necessariamente risolutivi alla decisione del ricorso principale⁴⁵, ovvero se prevalga la valenza istruttoria del rimedio e, quindi, nella sostanza,

⁴⁴ M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in www.giustamm.it, Speciale sulla riforma della L.241/1990.

⁴⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II, ord. 18 marzo 2001, n. 7191, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'assimilabilità dell'istanza di cui all'art. 116, comma II, del C. P. A. quanto agli effetti ed all'ambito di valutazione del giudice, alle ordinarie istanze istruttorie⁴⁶.

Quanto alla soluzione che riconosce valenza istruttoria al giudizio in esame, valga osservare l'incompatibilità dell'ordinanza resa in esito al giudizio incidentale con la natura di "decisione" al pari di quella assunta in esito al giudizio autonomo non essendo diversamente possibile la sua autonoma impugnazione avanti il Consiglio di Stato.

Quale che sia la natura del giudizio incidentale, rimane tuttavia difficilmente contestabile la connotazione della facoltatività del rimedio rispetto al giudizio autonomo e ineludibile la sovrapposibilità con le ordinarie istanze istruttorie⁴⁷.

Si segnala ancora in dottrina qualche dubbio sulla natura del giudizio speciale. Una prima ipotesi ricostruttiva è quella che ammette l'appellabilità in qualsiasi ipotesi di impugnativa *ex art.* 116 del C. P. A. Si tratterebbe, dunque, di una forma di tutela che prescinde dalla natura o dalla rilevanza dei documenti oggetto della richiesta di accesso. L'ordinanza con cui il collegio decide sull'istanza, assimilabile in tutto e per tutto alla decisione cui fa cenno l'art. 116, comma I, del C. P. A., sarebbe di conseguenza autonomamente impugnabile e soggetta alla disciplina del ricorso per l'ottemperanza.

In senso opposto, si osserva che la rilevanza meramente istruttoria alla pronuncia con cui il giudice decide sull'istanza deriva direttamente dalla sua qualificazione come "ordinanza istruttoria"⁴⁸.

Appare preferibile la tesi, recentemente sostenuta dal Consiglio di Stato, secondo cui sono comunque impugnabili i provvedimenti del giudice amministrativo di primo grado che, pur non avendo la forma esteriore di sentenza, abbiano un reale contenuto decisorio della controversia. Ciò si verifica allorché essi esplicitamente o implicitamente risolvano in tutto o in parte la questione che oppone le parti, ovvero un punto pregiudiziale di essa, dal momento che . al fine di stabilire se un provvedimento abbia natura di sentenza o di ordinanza, è decisiva non già la forma adottata ma il suo contenuto in base al principio della prevalenza in materia della sostanza sulla forma⁴⁹.

Con particolare riferimento all'ordinanza che decide il ricorso in materia di accesso ai sensi dell'articolo 116 del C.P.A., la giurisprudenza ha operato una distinzione tra ordinanze che si

46 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 22 gennaio 2002, n. 403, in *Foro it.*, 2002, III, p. 226, con osservazioni di G. D'ANGELO.

47 F. VETRÒ, *La nuova disciplina dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali per la tutela del diritto di accesso*, in www.giustamm.it, *Speciale sulla riforma della L.241/1990*.

48 Si veda in particolare F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in F. Caringella - M. Protto, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, nota 112, F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, 9 e ss., M. IMMORDINO, *La tutela non giurisdizionale*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, pp. 518-520, N. PAOLANTONIO, *I riti camerati per l'accesso e per il silenzio*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 272, N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003, 393 e 55.

pronunciano sul ricorso accogliendolo o respingendolo in relazione ai presupposti inerenti all'accesso in quanto tale, e ordinanze che respingono il ricorso perché ritengono i documenti richiesti non utili ai fini del giudizio in corso.

Nel primo caso l'ordinanza ha natura decisoria ed è appellabile sia nel caso in cui il giudice escluda l'accessibilità sulla base della ritenuta carenza dei presupposti previsti dalla disciplina dell'accesso, sia nel caso in cui il giudice accolga la domanda di accesso ritenute sussistenti le condizioni legittimanti l'ostensione senza passare al vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso.

Nel secondo caso l'ordinanza ha natura meramente istruttoria e non è appellabile autonomamente ma unitamente alla sentenza che definisce il primo grado di giudizio⁵⁰. La stessa, ove non eseguita dalla pubblica amministrazione, può avvalersi del giudizio di ottemperanza, ancorché abbia valenza istruttoria, ai sensi dell'articolo 112, secondo comma, lettera b) del C. P.A., trattandosi di un provvedimento comunque esecutivo.

Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sentenza 16 novembre 2011 n. 846 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Salemi - G.B. Pubblicità s.n.c. di Buda e Giacobello (Avv. Martella) c. Comune di Messina (Avv. Lo Giudice) ed Alessi s.p.a. ed altri (n.c.) - (riforma T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. II, 3 settembre 2010, n. 3587).

FATTO e DIRITTO

1) - Con atto di accesso del 26 marzo 2010, la società G.B. Pubblicità s.n.c. di Buda e Giacobello chiedeva il rilascio di tutti i provvedimenti di "Richiesta documentazione per impianti pubblicitari - Diffida", emessi dal Comune di Messina - Dipartimento tributi, con specifico riguardo agli impianti di propaganda ubicati sulla S.P. n. 43 Granatieri e sulla S.P. 43/B Panoramica dello Stretto e con specifica individuazione delle seguenti ditte destinatarie Alessi s.p.a, Siba s.n.c., Gip s.r.l., Spas, Simeto Doks e Start.

Tale domanda rimaneva priva di riscontro.

Avverso il silenzio dell'Amministrazione, la società proponeva ricorso al T.A.R. della Sicilia, sezione staccata di Catania.

2) - Con sentenza n. 3587 del 3 settembre 2010, il giudice adito dichiarava il ricorso inammissibile.

49 Vedasi Cass. SS.UU., 11-12-2007 n. 25837, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, n. 12.

50 Cfr. C.d.S., sez. V, 25-6-2010, n. 4068 e sez. VI, 25-3-2004 n. 1629 nonché sez. V 9 dicembre 2008 n. 6121, in www.giustizia-amministrativa.it.

A suo avviso, un soggetto, benché legittimato all'accesso agli atti, non può attivare, come nella fattispecie, forme di supervisione di un'attività di cui si vuole verificare in via generale la legittimità.

Infatti, come soggiungeva detto giudice, in senso preclusivo di tale supervisione, dispone formalmente l'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990, in base al quale "non sono ammissibili istanze di accesso, preordinate a un controllo generalizzato delle pubbliche amministrazioni (C.d.S., sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 721).

3) - La società G.B. Pubblicità ha proposto appello contro la summenzionata sentenza.

A suo avviso, non si è in presenza di una richiesta preordinata a un controllo generalizzato della pubblica amministrazione.

Nella specie, come sostiene l'appellante, l'effettività e la concretezza del collegamento dell'accesso ai documenti con l'esigenza di tutela sono palesemente individuati.

L'appellante ha, infatti, constatato che, mentre il proprio impianto è stato oscurato, tutti gli altri impianti pubblicitari ubicati sulle stesse strade (SP 43 e SP 43 bis) non hanno subito alcun oscuramento.

Sarebbe, quindi, incontestabile la sua pretesa di conoscere le pratiche amministrative riguardanti gli altri impianti al fine di tutelare la propria posizione, eventualmente anche per appurare l'eventuale disparità di trattamento perpetrata dal Comune di Messina, e attivare un'efficace tutela giurisdizionale che, nello specifico è pendente innanzi al Tribunale civile di Messina.

4) - Resiste all'appello il Comune di Messina.

La difesa dell'Amministrazione ha, in sintesi, eccepito che il rilascio di autorizzazioni o la prosecuzione dell'attività da parte delle altre ditte, non pregiudica alcun diritto dell'appellante in assenza di qualsivoglia autorizzazione all'esercizio dell'attività pubblicitaria in capo all'appellante medesima.

Inoltre, detta richiesta non avrebbe potuto essere accolta, in quanto i procedimenti cui fa riferimento la società ricorrente sono diversi da quello instaurato nei confronti della stessa, avendo ognuno una propria specificità ed essendo supportati da presupposti diversi.

5) - L'appello è fondato.

Come è stato, più volte rilevato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., di recente, questo C.G.A.), se da un lato, il diritto d'accesso vale a tutelare interessi individuali di ampiezza tale da incontrare solo il limite della giuridicità, esso, al contempo, è collegato a una riforma di fondo dell'Amministrazione, ispirata ai principi di democrazia partecipativa, della pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, la quale costituisce "principio generale" ex art. 22, comma 2, L. n. 241/1990, e che s'inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e all'attività amministrativa, quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi e soverchie degli apparati pubblici latamente intesi.

In questo quadro complesso e moderno di pubblica amministrazione, la nozione di interesse giuridicamente rilevante (anzi, come recita l'art. 22 della legge, un interesse correlato "a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"), si configura, secondo quanto rilevato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 7 del 2006, come il complesso di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali, risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale, volti in senso strumentale alla tutela di altri interessi giuridicamente rilevanti, che vengano a collidere con l'esercizio di pubbliche funzioni.

Il carattere essenzialmente strumentale di tali posizioni si riflette inevitabilmente sulla relativa azione con la quale la tutela della posizione soggettiva è assicurata.

In altri termini, la natura strumentale della posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento con la legge n. 241 del 1990 caratterizza marcatamente la strumentalità dell'azione correlata e concentra l'attenzione del legislatore, e quindi dell'interprete, sul regime giuridico concretamente riferibile all'azione, al fine di assicurare, al tempo stesso, la tutela dell'interesse, ma anche la certezza dei rapporti amministrativi e delle posizioni giuridiche di terzi

contro interessati. Da qui discende la natura astratta o acausale del diritto d'accesso, il quale può essere fatto valere senza che l'Amministrazione (o il controinteressato) possa sindacare nel merito la fondatezza della pretesa o dell'interesse sostanziale cui quel diritto è correlato e strumentalmente collegato.

Nella specie non sembra dubbio, come del resto riconosciuto dal giudice di primo grado, che l'appellante fosse legittimata ad accedere alla documentazione riguardante il rilascio delle autorizzazioni in materia di affissioni pubblicitarie.

La questione in controversia attiene piuttosto al diritto dell'appellante a conoscere la situazione delle autorizzazioni rilasciate ad altre ditte concorrenti con riferimento agli impianti di propaganda ubicati sulla S.P. n. 43 e 43 bis.

Anche per tale aspetto non può dubitarsi della legittimità dell'interesse dell'appellante, sol che si ponga mente alla circostanza che il Comune di Messina risulta sprovvisto di un piano generale degli impianti e del relativo regolamento, come si desume dal recente contenzioso (cfr. questo Consiglio, sentenza n. 762/2009), sicché appare legittima la richiesta di verificare se siano state rilasciate autorizzazioni per gli impianti ubicati su tali strade, senza che ciò comporti "un controllo generalizzato", come erroneamente ritenuto dal giudice di primo grado.

6) - In conclusione, per le suesposte considerazioni, assorbita ogni altra censura o eccezione, in quanto irrilevanti ai fini della decisione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va dichiarata l'illegittimità del silenzio serbato sull'istanza di accesso dell'appellante e l'obbligo del Comune di Messina di consentire l'accesso alla documentazione indicata nell'istanza del 26 marzo 2010.

(omissis)