

# LA NUOVA DISCIPLINA DEI RICORSI AMMINISTRATIVI E GIURISDIZIONALI PER LA TUTELA DEL DIRITTO DI ACCESSO\*

*di Francesco Vetrò*

Sommario: 1. Premessa.- 2. Le modalità di esercizio del diritto di accesso.- 3. I rimedi amministrativi per la tutela dell'accesso: caratteri generali.- 4. Il ricorso al difensore civico ed alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.- 5. La tutela del diritto di accesso e la tutela del diritto alla riservatezza: a proposito della norma di cui all'art. 25, comma 4°, della l. n. 241/1990, relativa alla tutela avanti il Garante della *privacy*.- 6. Il ricorso giurisdizionale per la tutela del diritto di accesso: i tratti caratteristici.- 7. (Segue): le parti (ivi compresi i controinteressati) e la rappresentanza processuale.- 8. Il giudizio incidentale in materia di accesso.

## *1. Premessa*

In due tornate successive, distanziate solo di qualche mese, il legislatore ha operato una consistente modifica della legge 7 agosto 1990, n. 241<sup>1</sup>. In entrambe le occasioni, l'intervento riformatore ha interessato in modo significativo la materia dell'accesso ai documenti amministrativi e, in particolare -e in ciò trova ragione il presente studio- dei rimedi apprestati dall'ordinamento per la sua tutela.

L'intervento si è realizzato, in primo luogo, con l'articolo 17 della l. 11 febbraio 2005, n. 15, con il quale sono state apportate modifiche ed integrazioni alla disciplina della tutela del diritto di accesso e, successivamente, con l'art. 3,

---

\* Il presente studio è destinato ad una raccolta di scritti sulla l. 7 agosto 1990, n. 241, di prossima pubblicazione nella collana "Le nuove leggi amministrative", diretta dal Prof. R. Villata, per i tipi della G. Giappichelli Editore - Torino.

<sup>1</sup> Si tratta, come si vedrà nel prosieguo, della l. 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modificazioni ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa" e del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante "Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale", convertito nella l. 14 maggio 2005, n. 80.

comma 6-*decies*, della l. 14 maggio 2005, n. 80<sup>2</sup>, che ha ricondotto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi.

L'art. 25 della l. n. 241 del 1990 - rubricato "Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi"-, siccome risultante dalle modifiche (ed integrazioni) sopra richiamate, contiene ora le disposizioni di principio relative alle modalità per l'esercizio del diritto di accesso<sup>3</sup>, nonché le norme per la sua tutela in via amministrativa e processuale<sup>4</sup>.

Quanto, nello specifico, alla materia della tutela, la novella legislativa ha, da un lato, integrato la disciplina dei rimedi amministrativi, attribuendo compiti giustiziali alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi<sup>5</sup> e precisando l'area di competenza del difensore civico<sup>6</sup>, anche al fine di tener conto degli aspetti problematici evidenziati dalla precedente configurazione<sup>7</sup>; dall'altro, dopo aver ricondotto nell'alveo della legge sul procedimento le norme contenute nella legge generale sul processo avanti il giudice amministrativo (l.

---

<sup>2</sup> Di "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge n. 35/2005, recante "Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali".

<sup>3</sup> Tali disposizioni, contenute nei primi tre commi dell'art. 25, non sono state investite dalla riforma di cui alla l. n. 15/2005. Un cenno alle modalità per l'esercizio del diritto di accesso sarà svolto, comunque, al par. 2.

<sup>4</sup> Il dibattito sviluppatosi in giurisprudenza ed alimentato dalla dottrina sulla natura del diritto di accesso e, in particolare, se trattasi di interesse legittimo o di diritto soggettivo, non era ancora sopito quando il legislatore, con l'art. 3-*decies* della l. n. 80/2005, nel sancire la sussistenza di un ambito di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel caso delle controversie in materia di accesso, si sarebbe, quindi, orientato verso la natura di diritto soggettivo della relativa situazione giuridica soggettiva. A prescindere dalla scelta operata dal legislatore e dall'implicito riconoscimento che ad essa potrebbe legittimamente essere associato, rimane tuttavia ancora controversa la natura del diritto di accesso e, a nostro avviso, ancora convincente l'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 24 giugno 1999, n. 16 (in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 148 ss.), secondo la quale a fronte del potere amministrativo la posizione del privato si atteggia a interesse legittimo.

Sulla natura del diritto di accesso si tornerà, comunque, più avanti a proposito del ricorso giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi (*infra*, par. 6 e 7).

<sup>5</sup> Per il caso in cui il riesame abbia ad oggetto le determinazioni in materia di accesso delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato (*infra*, par. 4).

<sup>6</sup> L'istituto del riesame del diniego della richiesta o del differimento dell'accesso da parte del difensore civico è stato introdotto con l'art. 15 della l. 24 novembre 2000, n. 340.

<sup>7</sup> Quale, ad es., la cognizione del difensore sugli atti delle amministrazioni centrali dello Stato, ovvero l'ipotesi in cui il difensore non sia stato ancora costituito in un dato ambito territoriale.

n. 1034/1971, nel testo risultante dalle modifiche apportate con la l. n. 205/2000<sup>8</sup>) relative al *rito incidentale* in tema di accesso ai documenti amministrativi ed alla rappresentanza delle parti in giudizio, ha individuato, come si è già accennato, la materia dell'accesso ai documenti amministrativi quale ambito di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>9</sup>.

Mette conto evidenziare, sempre in chiave di premessa, che talune delle disposizioni introdotte dalla l. n. 15/2005 oggetto di questa analisi non sono immediatamente operative, dal momento che la medesima legge, al comma 3° dell'art. 23, ne rinvia l'efficacia alla data di entrata in vigore del regolamento, recante le integrazioni e le modifiche al d.p.r. 27 giugno 1992, n. 352<sup>10</sup>, di adeguamento del d.p.r. in questione alle nuove disposizioni. Si tratta, in particolare, delle norme che l'art. 25 detta con riferimento al *riesame* delle determinazioni amministrative in materia di accesso ed alla disciplina di raccordo tra la normativa sull'accesso e quella sulla riservatezza (di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, noto come Codice della *privacy*) a proposito dei procedimenti amministrativi di tutela presso la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi e presso il Garante per la protezione dei dati personali (tutte contenute al comma 4°)<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Si tratta, in particolare, dell'art. 1, comma 1°, relativo al giudizio incidentale in materia di accesso, e dell'art. 4, comma 3°, relativo alla rappresentanza processuale delle parti nei giudizi avverso le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso. Su tali aspetti, v., *infra*, rispettivamente, parr. 8 e 7.

<sup>9</sup> Cfr. art. 3, comma 6-*decies* della l. n. 80/2005.

<sup>10</sup> Recante “Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”.

<sup>11</sup> Per “differenza”, quindi, risultano immediatamente efficaci le norme relative al “giudizio incidentale” ed alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (comma 5°), alla rappresentanza “diretta” delle parti (comma 5-*bis*) ed ai contenuti della pronuncia del giudice in caso di accoglimento del ricorso (comma 6°).

L'aggancio dell'efficacia delle norme di cui agli artt. 15, 16 e -per quanto qui interessa- 17, comma 1°, lett. a), alla modifica del d.p.r. n. 352/1992 desta qualche perplessità in considerazione della evidente natura “ordinatoria” del termine assegnato per l'adozione del nuovo atto regolamentare (“*Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge ...*”, cfr. art. 23, comma 2°, della l. n. 15/2005), in conseguenza della quale è rinviata ad una data sostanzialmente indeterminata l'operatività delle nuove disposizioni.

## 2. *Le modalità di esercizio del diritto di accesso*

Benché i recenti interventi legislativi di riforma non abbiano interessato le modalità fissate dalla l. n. 241/1990 per l'esercizio del diritto di accesso, non si può prescindere dallo svolgere alcune essenziali considerazioni sulle disposizioni relative alle modalità di esercizio del diritto, per completezza di analisi e in quanto comunque funzionali al dispiegarsi della stessa.

I primi tre commi dell'art. 25 contengono, infatti, le norme fondamentali per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi. Si tratta dei principi base posti dalla legislazione di rango primario in funzione dell'individuazione delle specifiche modalità di esercizio del diritto. Le disposizioni attuative ed integrative di tali principi sono contenute, allo stato, nel citato d.p.r. n. 352/1992 (sulla cui perdurante efficacia, nelle more dell'adozione del regolamento in modifica, previsto dal sopra richiamato art. 23, comma 2°, della l. n. 15/2005, non pare esserci dubbio), nelle "misure organizzative" per l'attuazione del diritto di accesso, adottate dalle amministrazioni *interessate*<sup>12</sup> in base all'originario testo dell'art. 22, comma 3°, della l. n. 241/1990<sup>13</sup>, nonché nei regolamenti finalizzati ad individuare gli atti da sottrarre al diritto di accesso (di cui all'art. 24, comma 4°, della l. n. 241/1990, nella sua formulazione iniziale<sup>14</sup>, ed ora ai sensi dell'art. 24, comma 2°). Anche i regolamenti delle

---

<sup>12</sup> Il riferimento all'"*amministrazione interessata*" usato nell'originaria formulazione della l. n. 241/1990 è stato ora sostituito, al fine di fugare ogni dubbio circa l'ambito soggettivo di applicazione della legge, dall'espressione "pubblica amministrazione" che, ai sensi dell'art. 22, comma 1°, lett. e), è volta a designare "... *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*". Per la natura di "norma sostanziale" della definizione in parola, nonché delle altre contenute nel novellato art. 22, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – 6. parte*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005, p. 1.

<sup>13</sup> L'art. 22, al comma 3°, disponeva che "*Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge le amministrazioni interessate adottano le misure organizzative idonee a garantire l'applicazione della disposizione di cui al comma 1 [ovvero, l'esercizio del diritto di accesso], dandone comunicazione alla Commissione di cui all'art. 27*".

<sup>14</sup> L'art. 24, comma 4°, della l. n. 241/1990 prevedeva, inizialmente, che "*Le singole amministrazioni hanno l'obbligo di individuare, con uno o più regolamenti da emanarsi entro i sei mesi successivi, le*

singole pubbliche amministrazioni cui si è appena fatto riferimento (e gli atti organizzativi recanti le misure di cui all'originario art. 22, comma 3°, anch'essi adottati nella forma regolamentare) dovranno essere adeguati alle nuove disposizioni, sia quanto alle previsioni di cui all'art. 25 (di cui la presente analisi offre occasione per un commento), sia in ordine alle nuove norme in tema di esclusione dell'esercizio del diritto di accesso di cui al precedente art. 24<sup>15</sup>.

Venendo alle modalità concrete di esercizio del diritto di accesso<sup>16</sup>, la legge n. 241/1990 individua nell'esame e nell'estrazione di copia dei documenti amministrativi il principio generale. I modi ed i limiti per l'esercizio del diritto sono pure indicati dalla legge (in particolare, all'art. 24), la quale prevede, altresì, la gratuità dell'esame dei documenti e la subordinazione del rilascio di copia dei medesimi al rimborso del costo di riproduzione ed agli adempimenti in materia di bollo previsti dalle disposizioni vigenti, oltre che al versamento dei diritti per la ricerca e per la visura degli stessi.

Superando le incertezze che pure si potevano cogliere nella normativa previgente (in quanto non sempre veniva affermato in maniera esplicita il diritto di estrarre copia dei documenti amministrativi oggetto dell'esame)<sup>17</sup>, è stato,

---

*categorie di documenti da essi formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso per le esigenze di cui al comma 2".*

<sup>15</sup> L'art. 23, comma 4°, della l. n. 15/2005, prevede infatti che ciascuna pubblica amministrazione "...nel rispetto dell'autonomia..." ad essa riconosciuta dall'ordinamento, sia tenuta, ove ritenuto necessario, ad adeguare i propri regolamenti alle modifiche apportate al Capo V (Accesso ai documenti amministrativi) della l. n. 241/1990, nonché al regolamento di cui al d.p.r. n. 352/1992. Con una tale previsione il legislatore ha significativamente attribuito un ruolo centrale alle fonti statali, di rango primario ma anche secondario, in materia di accesso ai documenti amministrativi, tanto da potersi scorgere nella materia in questione un ambito di legislazione esclusiva statale, essendo nella materia dell'accesso la potestà normativa dello Stato significativamente più ampia rispetto a quella prevista per le altre materie disciplinate dalla l. n. 241/1990 e, in particolare, per i procedimenti amministrativi (cfr. art. 29 della l. n. 241/1990). Sul punto, cfr. M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005, p. 4.

<sup>16</sup> Per una esaustiva analisi del *procedimento per l'accesso*, v. A. SANDULLI, *Il Procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo II, Milano, 2003, p. 1165 ss.

<sup>17</sup> Cfr. P. ALBERTI, *Commento all'art. 25*, in AA.VV. (con il coordinamento di V. Italia e M. Bassani), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, II ed., Milano, 1995, pp. 556-557. È da segnalare, tuttavia, la più che condivisibile posizione di chi riteneva "illogico" impedire l'estrazione di copia di documenti il cui contenuto avrebbe potuto essere trascritto in occasione dell'esame degli stessi, cfr. G. VIRGA, *Il diritto di accesso dei cittadini agli atti della P.A. e la sua tutela giurisdizionale nell'ordinamento vigente*, in *Foro amm.*, 1989, p. 664.

quindi, esplicitamente affermato il principio che all'esame dei documenti amministrativi è associata la possibilità per il richiedente l'accesso di ottenere il rilascio di copia dei medesimi.

La richiesta di accesso ai documenti che, in base alle disposizioni integrative contenute nel d.p.r. n. 352/1992, può essere svolta sia in modo informale, ovvero verbalmente, sia attraverso l'instaurazione di un procedimento di accesso formale, deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente<sup>18</sup> e deve essere motivata, ovvero deve essere in essa palesato l'interesse del soggetto che chiede l'accesso in quanto strumentale alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. Non costituisce, invece, onere del richiedente la specificazione dettagliata dei documenti che si intendono visionare (anche per il decisivo motivo che sovente tali atti non sono portati alla sua conoscenza diretta o indiretta), importando ai fini dell'ammissibilità dell'istanza di accesso che all'atto della presentazione della domanda siano forniti elementi utili all'individuazione dei documenti richiesti<sup>19</sup>.

L'amministrazione nei cui confronti è svolta la richiesta può rifiutare, differire o limitare l'accesso nei soli casi e nei limiti stabiliti dall'articolo 24 ed è tenuta a fornirne la motivazione<sup>20</sup>. Il silenzio dell'amministrazione sulla richiesta, che si sia protratto per oltre trenta giorni, è dalla legge (art. 25, comma 4°) tipizzato come silenzio-rifiuto<sup>21</sup>.

È da osservare che la previsione di uno specifico obbligo di motivazione per i provvedimenti di rifiuto, differimento o limitazione dell'accesso ed il significato

---

Per un'approfondita analisi degli interventi legislativi in materia di diritto di accesso prima della l. n. 241/1990, nelle sue varie implicazioni, v. F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 212 ss.

<sup>18</sup> Al fine di superare le difficoltà nell'individuazione dell'amministrazione tenuta a consentire l'accesso -che pure, talora, il soggetto richiedente può incontrare- l'art. 4, comma 3°, del d.p.r. n. 352/1992 prevede che *“La richiesta formale presentata ad amministrazione diversa da quella nei cui confronti va esercitato il diritto di accesso è dalla stessa immediatamente trasmessa a quella competente. Di tale trasmissione è data comunicazione all'interessato”*.

<sup>19</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 giugno 1997, n. 649, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 685.

<sup>20</sup> Cfr. anche art. 7, comma 1°, del d.p.r. n. 352/1992.

<sup>21</sup> In generale sul tema del silenzio della pubblica amministrazione rimane, tuttora, doveroso il rinvio a F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

attribuito al silenzio dell'amministrazione (di silenzio-rifiuto, come si è sopra detto) si palesa, da un lato, contraddittoria, in quanto l'obbligo di motivazione sarebbe, nel caso del formarsi del silenzio, sacrificato, dall'altro, insufficiente, dal momento che l'obbligo di motivazione dovrebbe riguardare anche i provvedimenti di accoglimento dell'istanza di accesso<sup>22</sup> essendo del pari rilevante (anzi necessario) che vi sia evidenza delle ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto l'amministrazione ad affermare, attraverso l'accoglimento della richiesta, la prevalenza del diritto del soggetto istante sul diritto alla riservatezza dei terzi. L'asimmetria appena evidenziata dimostrerebbe la scelta ancipite del legislatore in ordine alla valutazione comparativa tra il diritto di accesso e quello alla riservatezza (entrambi fondamentali ed inviolabili) e di ciò ne è occasione l'esercizio del "potere di aggiudicazione" relativo ad uno solo di essi. A risolvere la questione (e a garanzia delle esigenze dei soggetti titolari del diritto alla riservatezza), tuttavia, pare potersi legittimamente invocare l'applicazione, anche per le determinazioni relative all'esercizio del diritto di accesso, del principio generale dell'obbligo di motivazione consacrato nell'art. 3 della l. n. 241/1990, sulla cui valenza anche nel caso delle decisioni sull'accesso non pare esserci dubbio<sup>23</sup>.

### *3. I rimedi amministrativi per la tutela del diritto di accesso: caratteri generali*

La riforma della l. n. 241/1990 apportata con la l. n. 15/2005 e, da ultimo, con la l. n. 80/2005, come si è accennato, ha interessato profondamente la materia della tutela del diritto di accesso, sia quanto ai rimedi amministrativi (o giustiziali)

---

<sup>22</sup> Sul punto v. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'accesso nel corso del procedimento amministrativo e il problema della motivazione dell'atto conclusivo*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, p. 377 ss.

<sup>23</sup> Su questa posizione, anche F. CARINGELLA - R. GAROFOLI - M. T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1999, p. 495; M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi (sub voce)*, in *Enc. Dir.*, IV, Aggiorn., Milano 2000, p. 19.

offerti al soggetto interessato, sia in merito alla tutela processuale avanti il giudice amministrativo.

Occorre subito precisare che i rimedi amministrativi (presso il difensore civico e la Commissione per l'accesso) costituiscono uno strumento facoltativo (ma non pienamente alternativo, come vedremo) di risoluzione delle controversie in sede non giurisdizionale, rimanendo comunque ferma l'esperibilità dell'azione avanti il giudice amministrativo, competente a conoscere in via esclusiva delle determinazioni amministrative "definitive" concernenti il diritto di accesso, siano esse rese dall'amministrazione direttamente interessata dall'esercizio del diritto, ovvero dal soggetto (difensore civico o Commissione) chiamato a pronunciarsi, in sede di riesame, sulla decisione assunta dall'amministrazione investita dalla richiesta di accesso. Con il riesame in via amministrativa della decisione sull'accesso, si è voluto, quindi, fornire agli interessati uno strumento ulteriore di tutela, con una valenza deflattiva del contenzioso davanti al giudice. Tale valenza, tuttavia, appare funzionale soltanto alla riduzione dei carichi di lavoro dell'organo giurisdizionale (peraltro del tutto eventuale atteso che ben difficilmente il soggetto interessato deciderà di "fermarsi" alla decisione del soggetto del riesame che non abbia soddisfatto la sua pretesa) che ad un effettivo "risparmio" dell'interessato in termini di tempi e costi; ciò in quanto i termini per la decisione degli organi del riesame sostanzialmente convergono con quelli del giudice e, quanto meno nominalmente, l'accesso al giudice (così come, ovviamente, al soggetto amministrativo del riesame) non richiede la difesa tecnica e non ne comporta, pertanto, i costi<sup>24</sup>.

L'accesso ai rimedi amministrativi in questione implica, sulla base della terminologia impiegata dalle norme di cui all'art. 25, comma 4°, la presentazione di un'*istanza* ovvero di una *richiesta*, ovvero ancora di un

---

<sup>24</sup> Su tale aspetto si tornerà più oltre al par. 7.



*ricorso*<sup>25</sup> ad organi che, pur facendo parte dell'organizzazione amministrativa, non si trovano in una posizione di gerarchica sovraordinazione rispetto all'autorità che ha reso la decisione (espressa o tacita) sulla richiesta di accesso ma, piuttosto, sono ad essa collegati da un rapporto funzionale che si estrinseca nella potestà di decidere sulla richiesta di riesame. Da una tale configurazione risulta evidente il riferimento al modello del ricorso gerarchico improprio<sup>26</sup>, ovvero a quel rimedio giustiziale a carattere eccezionale in cui il soggetto decidente è posto in posizione di estraneità e di neutralità rispetto alle parti in conflitto<sup>27</sup>.

#### 4. (Segue): *i ricorsi al difensore civico ed alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*

La disciplina puntuale dei rimedi amministrativi per la tutela del diritto di accesso è ora integralmente contenuta al comma 4° dell'art. 25. Vediamola nel dettaglio.

In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di suo differimento (ai sensi dell'articolo 24, comma 4°), il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale nel termine di trenta giorni (cfr. art. 25, comma 5°)<sup>28</sup> ovvero -alternativamente- chiedere, entro lo stesso termine, che la determinazione negativa o di differimento sia riesaminata dal difensore civico competente per ambito territoriale, qualora l'atto negativo o di differimento

---

<sup>25</sup> Significativamente, quindi, la rubrica dell'art. 25 fa generico e generale riferimento ai "ricorsi" in materia di diritto di accesso.

<sup>26</sup> In questo senso, peraltro, si è espresso il Consiglio di Stato (Sez. VI, sent. 27 maggio 2003, n. 2938, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) non solo quanto al ricorso amministrativo al difensore civico, introdotto dalla l. n. 340/2000, ma anche, evolutivamente, su quello alla Commissione per l'accesso introdotto dalla più recente legge di riforma.

Sui caratteri del ricorso gerarchico improprio, v., compendiosamente, M. IMMORDINO, *La tutela non giurisdizionale*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, pp. 518-520.

<sup>27</sup> In questi termini si esprime, da ultimo, W. GIULIETTI, *Organizzazione e funzioni della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi dopo la legge n. 15 del 2005*, in corso di pubblicazione nella medesima raccolta cui il presente scritto è destinato.

<sup>28</sup> V., *infra*, par. 6.

provenga da amministrazioni comunali, provinciali e regionali<sup>29</sup>, o dalla Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27, se l'atto negativo sia reso da amministrazioni centrali o periferiche dello Stato.

Nel caso in cui il difensore civico "competente per territorio" non sia stato istituito, a conoscere del riesame è il difensore civico dell'ambito territoriale immediatamente superiore. Tale ultima previsione costituisce, invero, un'evidente forzatura del sistema regioni-enti locali quale risultante dal disegno costituzionale di cui al vigente Titolo V della Costituzione, dal momento che determina una anomala intersezione di competenze tra i due livelli di governo<sup>30</sup>. Ma non è l'unica anomalia. Lo strumento per la risoluzione in via amministrativa (o giustiziale) delle controversie (sia presso il difensore civico, sia presso la Commissione) è, almeno dal dato letterale, esclusivo dominio del soggetto che avendo richiesto l'accesso ai documenti amministrativi non abbia visto soddisfatto il proprio diritto o perché gli sia stato opposto un diniego (espreso o tacito), ovvero perché l'esercizio del diritto sia stato rinviato nel tempo per effetto del "differimento". Nessuna garanzia di partecipazione procedimentale è, infatti, assicurata dalla legge ai controinteressati sostanziali all'accesso<sup>31</sup>, che ben dovrebbero essere messi in condizione di dedurre le proprie ragioni in sede di riesame della determinazione negativa sulla richiesta, in quanto titolari di una posizione giuridica soggettiva concorrente - il diritto alla riservatezza - ed eventualmente di segno opposto a quella azionata con la richiesta di accesso. A tali soggetti, quindi, non è offerta dalla legge altra tutela se non attraverso la proposizione del ricorso al tribunale amministrativo regionale, nel termine di trenta giorni decorrente dall'avvenuta formazione del

---

<sup>29</sup> Sulla figura del difensore civico, v. G. DE VERGOTTINI, *Il difensore civico (sub voce)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, ed i riferimenti bibliografici ivi citati, nonché R. FERRARA, *Il difensore civico e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini: note preliminari in margine ad un dibattito in corso*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 231 ss.

<sup>30</sup> Cfr. M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti ecc.*, cit., p. 20.

<sup>31</sup> Ai fini della l. n. 241/1990 e, in particolare, del suo Capo V, il nuovo art. 22 (comma 1°, lett. c) introduce la definizione di controinteressati, ovvero "quei soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio del diritto di accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza".

silenzio *accoglimento* (formatosi a seguito della sollecitazione dell'organo del riesame), sempre che ne vengano a conoscenza in tempo utile<sup>32</sup>. La mancata esplicita previsione in sede legislativa non esclude, tuttavia, l'applicabilità della norma di cui all'art. 7, comma 1°, della l. n. 241/1990, in tema di comunicazione di avvio del procedimento<sup>33</sup>, ovvero la previsione, nell'ambito delle disposizioni organizzative relative agli organi deputati al riesame dei procedimenti in questione (i singoli difensori civici e la Commissione per l'accesso), di un vero e proprio dovere di comunicazione del procedimento di riesame ai soggetti *controinteressati*<sup>34</sup> e la facoltà di questi di presentare le proprie deduzioni.

Non del tutto soddisfacente è, poi, la disciplina dettata dalla legge in merito alla fase della decisione da parte degli organi del riesame. Il difensore civico o la Commissione per l'accesso sono, infatti, tenuti a pronunciarsi entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, ed alla mancata pronuncia la legge fa conseguire il rigetto del ricorso, tipizzandosi, anche in questo caso, il comportamento silenzioso.

Nel solo caso del riesame da parte della Commissione, e qualora la decisione riguardi una fattispecie in cui l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la legge prevede, nell'ambito del procedimento decisionale di riesame, l'apporto del Garante per la protezione dei dati personali, sotto forma di un parere obbligatorio ma non vincolante, da esprimersi nel termine di dieci giorni dalla richiesta. Decorso inutilmente tale termine, è previsto che il parere "si intende reso", in tal modo configurandosi una fattispecie di silenzio devolutivo.

Il *sub*-procedimento consultivo in discorso, invero, presenta una serie di anomalie. Anzitutto, non si comprende (e non si giustifica) il fatto che il parere

---

<sup>32</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, p. 36.

<sup>33</sup> In generale, sull'applicabilità della norma in questione nei procedimenti di esame delle richieste di accesso v. M. MAZZAMUTO, *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto di accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 106; F. FRACCHIA, *ult. op. cit.*, p. 14.

<sup>34</sup> Non sfugge, tuttavia, come non sempre sia facile l'individuazione dei soggetti "controinteressati"; su questa problematica si rinvia alle considerazioni che saranno svolte al successivo par. 7 con riferimento ai controinteressati del ricorso in sede giurisdizionale.

del Garante sia previsto per il solo caso di riesame da parte della Commissione per l'accesso e non anche nel caso del difensore civico, potendo venire in rilievo, anche avanti a questo, fattispecie relative al trattamento di dati personali; la previsione, quindi, non può che essere una "svista" del legislatore<sup>35</sup>. In secondo luogo, la previsione di un parere (obbligatorio) del Garante in ogni fattispecie che involga dati personali, a prescindere da una differenziazione tra dati sensibili e non, la brevità del termine concesso al Garante per esprimere il parere e la probabile numerosità delle fattispecie sottoposte al suo vaglio (specie se ad esso si rivolgeranno anche i difensori civici) potrebbe, nei fatti, determinare una dequalificazione dell'intervento consultivo, dal momento che l'organo in questione sarà portato a disinteressarsi delle questioni prive di tutela differenziata<sup>36</sup>. Da ultimo, anche alla luce della implicazione testé paventata, non può non formularsi qualche perplessità sulla apparente natura del parere del Garante. La formula linguistica usata e l'assegnazione di un termine fanno ritenere il parere in questione come obbligatorio - essendo l'amministrazione del riesame tenuta alla richiesta del parere - ma non vincolante, dal momento, peraltro, che il mancato rilascio nel termine (salvo che il Garante non abbia rappresentato esigenze istruttorie, nel qual caso, nel silenzio della legge, il termine assegnatogli verrebbe ad essere sospeso per riprendere a decorrere alla ricezione degli elementi istruttori<sup>37</sup>) non implica il "blocco" del procedimento, per così dire, principale, ma, nella sostanza, abilita il soggetto richiedente il parere a concludere il procedimento come se il parere fosse stato reso<sup>38</sup> e,

---

<sup>35</sup> V'è da segnalare, tuttavia, la posizione di chi ritiene implicito il riferimento anche al difensore civico, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, cit., p. 5, e di chi sostiene la presenza di un vero e proprio *errore materiale* del legislatore, cfr. S. CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2005, p. 34.

<sup>36</sup> Cfr. M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti ecc.*, cit., p. 21.

<sup>37</sup> Trovando applicazione le disposizioni a carattere generale dettate dall'art. 16 della l. n. 241/1990.

<sup>38</sup> A differenza di quanto prescrive la regola generale in tema di attività consultiva, contenuta all'art. 16, comma 2°, della l. n. 241/1990, che attribuisce all'amministrazione richiedente la *facoltà* di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere obbligatorio. In base a tale disposizione, secondo autorevole interpretazione, il parere sarebbe trasformato da "obbligatorio" a "facoltativo", cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2004, p. 429.

aggiungiamo noi, assumendo che il Garante abbia implicitamente ritenuto non rilevante sul piano della tutela ad esso assegnata la fattispecie sottopostagli. Nei fatti, quindi, di contro all'obbligatorietà del parere per l'amministrazione del riesame, v'è la facoltatività del Garante di provvedere sulla richiesta con un atto espresso, potendo nella sostanza assumere un comportamento silenzioso significativo equivalente ad un *nihil obstat* quanto all'accesso controverso. Da tali considerazioni emerge la eccessiva complicazione procedimentale che l'obbligatorietà del parere porta con sé; complicazione che, probabilmente, avrebbe dovuto consigliare il legislatore a stabilire, semmai, la facoltatività dell'intervento del Garante e, quindi, la previsione di un parere meramente facoltativo<sup>39</sup>, o meglio ancora, obbligatorio nel solo caso in cui la tutela avesse ad oggetto dati personali meritevoli di una tutela differenziata ovvero i dati sensibili, giudiziari o *super* sensibili<sup>40</sup>.

Venendo agli esiti del procedimento di riesame, la legge precisa che, nel caso in cui il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronuncino per la illegittimità del diniego o del differimento, della decisione sarà "informato" il richiedente e ne sarà data "comunicazione" all'autorità amministrativa che ha disposto per il diniego o il differimento.

La varianza delle espressioni, "informare" e "comunicare", potrebbe far ritenere la diversità dell'atto notiziale: una mera informativa, con soltanto l'indicazione dell'accoglimento, per il richiedente l'accesso (e, auspicabilmente, per i controinteressati); la "comunicazione" ovvero la "notifica" dell'atto recante la decisione, con la necessaria motivazione e con eventuali prescrizioni, per l'amministrazione.

Ma il procedimento, con la decisione dell'organo amministrativo del riesame, non è ancora concluso: all'amministrazione "soccombente" è data la possibilità -

---

<sup>39</sup> Di questo avviso è anche M. LIPARI, *ult.op. e loc.cit.*

<sup>40</sup> In generale, sui rapporti tra "accesso" e "riservatezza" e sulla tutela differenziata in dipendenza della natura dei dati personali alla luce delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 196/2003 (Codice della *privacy*), ancorché nei termini necessari all'oggetto della presente analisi, v. il successivo par. 5.

entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione- di emanare un nuovo provvedimento negativo sull'istanza di accesso, apparentemente confermativo del precedente ma, in realtà, frutto di una nuova valutazione (e, quindi, in esito ad un nuovo esercizio del potere)<sup>41</sup>, questa volta integrato, nella parte motivazionale, con quanto reso necessario dai contenuti della decisione dell'organo amministrativo del riesame. Solo difettando il nuovo provvedimento "confermativo", dispone la norma, "l'accesso è consentito".

Evidente è la macchinosità dello schema procedimentale, critica è la tempistica degli adempimenti, specie se si considera la natura del rimedio<sup>42</sup>, di difficile esecuzione pare essere, infine, il provvedimento recante la decisione sul riesame, dal momento che né il difensore civico né la Commissione per l'accesso risultano dotati di adeguati strumenti coercitivi<sup>43</sup>. Il provvedimento in questione non sarebbe infatti dotato dell'esecutorietà necessaria a garantire una effettiva disponibilità dell'atto divenuto accessibile; caratteri che, viceversa, sono propri delle sentenze del giudice e che, quindi, facilmente, porteranno alla preferenza per il ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 25, comma 5°.

---

<sup>41</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *ult. op. cit.*, p. 35.

<sup>42</sup> Il rimedio in esame rientra a buon titolo tra i c.d. rimedi amministrativi alternativi alla giurisdizione (*Alternative Dispute Resolution - A.D.R.*) caratterizzati da una maggiore facilità nell'accesso, da costi contenuti e da una significativa riduzione dei tempi necessari per la definizione della controversia. Ipotizzando il dispiegarsi della sequenza procedimentale nel termine (massimo) previsto per ciascun segmento temporale (trenta giorni e dieci giorni), la decisione del riesame non potrà avvenire prima di cento giorni (!) dalla determinazione negativa oggetto della controversia.

In generale, sull'argomento delle A.D.R. v. M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 2 ss.; per uno specifico riferimento alle A.D.R. presso le autorità amministrative indipendenti, v. N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Autorità amministrative indipendenti e sistema istituzionale*, Torino, 2004, p. 187 ss.; G. DELLA CANANEA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 737 ss.

<sup>43</sup> Indubbiamente la l. n. 15/2005 avrebbe potuto essere la sede naturale per l'attribuzione dei necessari poteri ordinatori di esibizione dei documenti amministrativi sia al difensore civico, sia alla Commissione per l'accesso. Dello stesso avviso è anche W. GIULIETTI, *Organizzazione e funzioni della Commissione per l'accesso ecc.*, cit.

5. *La tutela del diritto di accesso e la tutela del diritto alla riservatezza: a proposito della norma di cui all'art. 25, comma 4°, della l. n. 241/1990, relativa alla tutela amministrativa avanti il Garante della privacy*

Il rapporto tra il diritto di accesso ai documenti amministrativi ed il diritto alla riservatezza dei dati personali contenuti in tali documenti, inizialmente sbilanciato a favore del primo, ha, come è noto, subito un graduale “riassestamento” per effetto della stratificazione normativa che ha interessato la materia relativa alla protezione dei dati personali<sup>44</sup>. La iniziale disciplina in tema di riservatezza, contenuta nella l. 31 dicembre 1996, n. 675, se ha determinato la “emersione” del diritto alla protezione dei dati personali ed il suo posizionamento sulla linea del diritto di accesso<sup>45</sup>, ha mancato però di operare i necessari collegamenti con la disciplina relativa a quest'ultimo, lasciando all'opera della giurisprudenza la soluzione delle questioni incerte, in particolar modo con riferimento alla tematica dei c.d. dati sensibili<sup>46</sup>. È necessario evidenziare, tuttavia, che il problema della riservatezza dei dati si poneva (e si pone ancora) essenzialmente con riferimento alla posizione del terzo, laddove nessun ostacolo, in linea generale<sup>47</sup>, si frappone all'accesso di dati propri e che,

---

44 Sul rapporto tra “accesso” e “riservatezza” si è ormai formata una cospicua letteratura; senza pretesa di completezza si segnalano i lavori di M. CLARICH (*Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 430 ss., e, più di recente, dello stesso A., *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](http://www.giustizia-amministrativa.it)); S. TARULLO (*Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla riservatezza: un difficile rapporto*, in *Jus*, 1996, p. 232 ss.); 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.); da ultimi, anche alla luce della riforma in tema di accesso ai documenti amministrativi di cui alle l. nn. 15 e 80 del 2005, S. CIMINI (*Diritto di accesso e riservatezza ecc.*, cit.), e, ancora, 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, Torino, in corso di pubblicazione) oltre, naturalmente, i richiami bibliografici in essi contenuti.

<sup>45</sup> Ancorché, sul piano sostanziale, continuassero ad essere operativi i principi in materia di accesso delineati dalla l. n. 241/1990, nonché dalla normativa secondaria di attuazione, cfr. R. FERRARA, *Premesse ad uno studio sulle banche dati delle pubbliche amministrazioni: fra regole della concorrenza e tutela della persona*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 566 ss.

<sup>46</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., p. 13.

<sup>47</sup> E, è da aggiungere, salvo i casi specificati nella normativa in materia di trattamento dei dati personali.

peraltro, nell'ambito dei dati personali, un trattamento (e, quindi, una tutela) differenziato debba essere apprestato per quelle categorie di dati che la normativa sulla *privacy* definisce come sensibili<sup>48</sup>. Ed è con riferimento a questi ultimi e, in specie, a quelli relativi alla salute ed alla vita sessuale, i c.d. dati *super* sensibili, che il d.lgs. 11 maggio 1999, n. 135, novellando la legge fondamentale in materia di riservatezza, ne ha subordinato il trattamento -e, quindi, l'accesso- alla valutazione comparativa del diritto dell'interessato alla riservatezza con la situazione giuridica sostanziale che attraverso l'accesso il richiedente intende tutelare: solo se si tratti di situazione di pari rango al diritto dell'interessato (ovvero di un diritto fondamentale ed inviolabile), l'accesso è consentito. Come è noto, la normativa in tema di *privacy* è stata più di recente sistematizzata nel Codice della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003)<sup>49</sup>, nel quale è stato ribadito il principio testé enunciato<sup>50</sup>.

Dalla lettura dei plessi normativi vigenti in tema di *privacy* e di accesso ai documenti amministrativi è possibile individuare -non senza una qualche difficoltà ermeneutica- i capisaldi delle discipline, i quali, invero, costituiscono le pile a partire dalle quali si realizza il collegamento tra di esse. Da un lato, la circostanza che il dato personale (a prescindere che sia proprio o altrui) oggetto della richiesta dell'interessato sia contenuto in un documento amministrativo attrarrebbe la fattispecie nell'ambito di applicazione della l. n. 241/1990<sup>51</sup>; dall'altro, il principio della riservatezza, che, per quanto assunto a limite all'ostensione dei documenti, risulterebbe valicabile qualora l'accesso riguardi dati personali contenuti in documenti amministrativi la cui conoscenza sia

---

<sup>48</sup> Alla categoria dei dati sensibili fanno parte anche i dati relativi alla salute ed alla vita sessuale degli individui (cfr. art. 4, comma 1°, lett. d); tali dati sono talora oggetto di una tutela ulteriormente differenziata rispetto ai dati sensibili *tout court* (v., *infra*, nel testo), da ciò la loro individuazione come dati *super* sensibili. Ai dati sensibili sono assimilati, quanto a regime giuridico (v., *infra*, sempre nel testo), i c.d. dati giudiziari (cfr. art. 4, comma 1°, lett. e).

<sup>49</sup> Per un commento al Codice, v. 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.

<sup>50</sup> Cfr. art. 60 del Codice della *privacy*.

<sup>51</sup> Cfr. art. 59 del Codice della *privacy* e art. 22, comma 4°, della l. n. 241/1990.



necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, salvo che non si tratti di dati sensibili o giudiziari, per i quali l'accesso ai documenti amministrativi che li contengono sarebbe consentito nei limiti in cui sia ritenuto strettamente indispensabile dall'amministrazione che li detiene, o di dati *super* sensibili, per i quali, come si è sopra visto, è parso necessario che la pubblica amministrazione effettui un giudizio di valutazione comparativa delle situazioni giuridiche che in concreto vengono in rilievo.

La ricostruzione appena svolta, tuttavia, se soddisfa su di un piano sostanziale, non pare reggere alla prova di resistenza offerta dall'esame della disciplina dettata in tema di tutela in via amministrativa del diritto di accesso e di quello alla riservatezza. Con riferimento a tale disciplina, la mancanza di un effettivo coordinamento è, per molti versi, tuttora ravvisabile nel Codice della *privacy* e solo in parte (ed in modo insoddisfacente, come vedremo fra un attimo) colmata dalla recente riforma della l. n. 241/1990. Il legislatore, infatti, mostra, con l'intervento indicato da ultimo, sì di muoversi sulla strada giusta, considerando la diversa natura dei dati personali al momento di dettare la relativa disciplina per l'accesso<sup>52</sup>, ma non conduce in porto l'opera di coordinamento delle discipline laddove, con riferimento ai procedimenti per la tutela in via amministrativa, non diversifica tra le varie tipologie di dati. Ciò, si verifica, come è stato sopra evidenziato (par. 4), con riferimento ai procedimenti di riesame presso gli organi amministrativi dell'accesso<sup>53</sup>, ma anche -come ora si vedrà- per quelli che si svolgono davanti al Garante della *privacy* per la tutela del diritto dell'interessato al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, in cui venga in rilievo l'accesso ai documenti amministrativi. Si tratta dei procedimenti per la tutela *alternativa* (a quella

---

<sup>52</sup> Ad esempio, laddove, all'art. 24, comma 7°, ultimo periodo, è previsto l'accesso ai documenti contenenti dati sensibili e giudiziari "*nei limiti in cui sia strettamente indispensabile*" e nel caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale (dati *super* sensibili) "*nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 196/03*".

<sup>53</sup> La lettera della norma fa riferimento, come si è sopra riferito, alla sola Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, cfr. art. 25, comma 4°, l. n. 241/1990.

giurisdizionale) dei diritti dell'interessato del trattamento dei dati personali<sup>54</sup>, regolati nella Parte III, Titolo I, Capo I, Sezione III, del Codice, nonché relativi allo svolgimento dei compiti istituzionali (cfr. art. 154) e delle attività di accertamento e controllo del Garante (funzionali all'assolvimento dei compiti medesimi), di cui agli artt. 157-160 del Codice.

Con riferimento a tali procedimenti, la l. n. 241/1990, a seguito della recente riforma (si tratta dell'art. 25, comma 4°, ultimi tre periodi), detta una disciplina integrativa di quella contenuta nel Codice della *privacy*; in particolare, prevedendo che il Garante per la protezione dei dati personali, prima di adottare la propria decisione, richieda il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi<sup>55</sup>. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione; ancora una volta configurandosi un'ipotesi di silenzio devolutivo.

Dalla formulazione della norma si potrebbe trarre la conclusione che, nell'ambito dei procedimenti presso il Garante in essa richiamati, e laddove il dato personale oggetto dell'intervento del Garante sia contenuto in un documento amministrativo, sia obbligatorio richiedere il parere della Commissione per l'accesso, a prescindere dalla natura del dato (comune, sensibile, *super* sensibile), e che tale parere possa essere disatteso dal Garante. La norma in questione, probabilmente alterando il primo dei capisaldi sopra evidenziati, attribuisce all'organo per la tutela della *privacy* una competenza che

---

<sup>54</sup> Specificati all'art. 7 del Codice della *privacy*, rubricato "Diritto di accesso ai dati personali ed altri diritti".

<sup>55</sup> È opportuno segnalare che, in base all'art. 10, del d.p.r. n. 352/1992, alla Commissione per l'accesso è assegnata una generale funzione consultiva - sotto forma di pareri obbligatori - sugli atti attinenti all'esercizio ed all'organizzazione del diritto di accesso delle singole amministrazioni (ivi compresi i regolamenti per l'individuazione delle categorie di atti per i quali l'accesso è escluso), nonché nei confronti del Governo - sotto forma di pareri facoltativi - in occasione del regolamento a questo spettante per la individuazione dei casi di sottrazione all'accesso dei documenti amministrativi e in occasione dell'introduzione di normative speciali comunque attinenti al diritto di accesso (cfr. art. 10, commi 1° e 2°).

il rinvio alle norme della l. n. 241/1990, contenuto all'art. 59 del Codice, assegnava invece agli organi (a tutela) dell'accesso; e addirittura prevede un coinvolgimento di questi (ancorché solo della Commissione) nella forma di un parere, al quale però non è riconosciuta vincolatività. È evidente come una siffatta lettura della norma porti all'estrema conseguenza di riconoscere, nella sostanza, al diritto alla riservatezza una prevalenza sul diritto di accesso; prevalenza che, altrove, nel Codice della *privacy* e nella stessa l. n. 241/1990 il legislatore si sarebbe, invece, premurato di escludere.

La previsione in questione potrebbe, tuttavia, riconquistare ragionevolezza ritenendola applicabile nel caso dei procedimenti del Garante relativi alla tutela amministrativa o ad attività di accertamento e controllo, funzionali all'assolvimento dei suoi compiti, nel solo caso in cui tali procedimenti abbiano ad oggetto ogni ipotesi di trattamento del dato (raccolta, registrazione, organizzazione, conservazione, ecc.)<sup>56</sup> ad eccezione di quelle che implicano la visione o l'estrazione di copia di documenti amministrativi<sup>57</sup>, nel qual caso tornerebbe ad essere ineludibile la disciplina dell'accesso di cui alla l. n. 241/1990<sup>58</sup>.

#### *6. Il ricorso giurisdizionale per la tutela del diritto di accesso: i tratti caratteristici*

---

<sup>56</sup>Cfr., al riguardo, la definizione di "trattamento" contenuta all'art. 4, comma 1°, lett. a), del Codice: "qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati".

<sup>57</sup> Cfr. art. 22, comma 1°, lett. a), l. n. 241/1990.

<sup>58</sup> Stante quanto "lapidariamente" previsto all'art. 59 del Codice della *privacy*; con la conseguenza che il Garante dovrebbe ritenere inammissibile il ricorso proposto ai sensi dell'art. 7 del Codice della *privacy*. In questo senso, peraltro, è l'orientamento del Garante, quale può esser tratto, esemplificativamente, nel provvedimento 26 novembre 2003, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

La riforma della l. n. 241/1990 operata con la legge n. 15 e, più di recente, con la l. n. 80 del 2005 ha, come si è anticipato, interessato anche le norme relative alla tutela processuale del diritto di accesso, le quali ora si trovano tutte contenute nella legge generale sul procedimento. L'intervento "riformatore" ha sostanzialmente operato una mera sistematizzazione della disciplina relativa alla tutela giurisdizionale del diritto di accesso già contenuta, oltre che nella 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, su cui, *infra*, rispettivamente, parr. 7e 8)<sup>59</sup> ed ha "formalizzato" la giurisdizione del giudice amministrativo nei tipi della giurisdizione esclusiva<sup>60</sup>.

Quanto alle modalità relative alla tutela del diritto di accesso in sede processuale, la norma dispone che, in caso di diniego di accesso ai documenti amministrativi, espresso o tacito, o qualora l'amministrazione abbia esercitato il potere di differimento di cui all'art. 24, comma 4°, della l. n. 241/1990, e, in generale, avverso le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso, è *dato* il ricorso al giudice amministrativo, nel termine di trenta giorni. 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, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione, ovvero dalla data in cui si è formato il silenzio rifiuto sulla istanza di riesame<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Delle piccole modifiche al testo delle norme in questione, ad es. sulla notifica del ricorso incidentale e sui contenuti della decisione del giudice, probabilmente frutto di una "svista", la prima, di una precisazione, la seconda, si darà conto nel prosieguo.

<sup>60</sup> Ritiene la sussistenza della giurisdizione esclusiva in tema di azione a tutela del diritto di accesso anche in mancanza (e prima) di una previsione legislativa espressa –e sulla scorta della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 1999- A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 111. Di avviso contrario è M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva (sub voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 421.

<sup>61</sup> La richiesta agli organi del riesame comporta, quindi, la sospensione della decorrenza del termine dell'impugnativa fino alla comunicazione dell'esito dell'istanza, ovvero fino al momento in cui si sia

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<sup>62</sup>.

La disciplina processuale contenuta nella l. n. 241/1990 (art. 25, commi 5, 5-*bis* e 6), individua, poi, da un lato, un rito speciale ed autonomo per la tutela del diritto di accesso; dall’altro, un rito incidentale rispetto ad un procedimento giurisdizionale (per così dire principale) in cui si controverta di una questione per la cui soluzione sia risultata dirimente l’acquisizione di un documento di cui si sia richiesto, frattanto, l’accesso. Anche nel rito incidentale persistono, peraltro, elementi di specialità<sup>63</sup>. Nell’uno e nell’altro caso, comunque, il giudice è dotato di poteri decisori che si estrinsecano nell’ambito di un procedimento

---

formato il silenzio-rigetto. Sul punto, cfr. N. PAOLANTONIO, *I riti camerali per l’accesso e per il silenzio*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 270.

<sup>62</sup> Sulla legittimazione ad agire in capo al “titolare della riservatezza”, non paiono ormai esserci dubbi, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 1997, n. 1117, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 109; Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 1995, n. 1085, *ibidem*, 1995, I, p. 1416.

In dottrina, cfr. A. SIMONATI, *L’accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, 2002, p. 259; ed ancora F. FRACCHIA, *ult. op. cit.*, p. 19.

<sup>63</sup> V., *infra*, il paragrafo successivo.

contraddistinto da una spiccata celerità e che possono sfociare nella condanna dell'amministrazione alla esibizione di documenti il cui accesso sia stato illegittimamente rifiutato. La tipizzazione del potere del giudice appena riferita, la riduzione della metà del termine ordinario per la proposizione dell'azione ed, eventualmente, dell'appello (trenta giorni anziché sessanta), lo svolgimento del giudizio in camera di consiglio, la semplificazione delle modalità di difesa processuale e la fissazione di un termine massimo per la sua conclusione (trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso) costituiscono i tratti caratteristici (o profili)<sup>64</sup> di un procedimento (camerale ed accelerato) dotato di una particolare specialità<sup>65</sup>, dal momento che le peculiarità del rito riguardano, tra l'altro, anche i contenuti della decisione del giudice. Si tratta, infatti, di una decisione idonea a definire il giudizio<sup>66</sup> che non avrebbe, almeno a far riferimento al tenore letterale, carattere costitutivo bensì di accertamento della fondatezza della pretesa del richiedente l'accesso e della sussistenza dei presupposti per il suo esercizio. Si tratterebbe, infatti, di una decisione recante un ordine specifico<sup>67</sup>, consustanziale ad un potere di condanna, tipico, peraltro, di una fattispecie di giurisdizione esclusiva. A prescindere dalle implicazioni dei contenuti della decisione sulla qualificazione del diritto di accesso quale diritto soggettivo - ma non essendo comunque indifferente la circostanza che la pretesa all'ostensione del documento possa essere realizzata solo in virtù dell'intervento dell'amministrazione<sup>68</sup> - e della giurisdizione in esame quale giurisdizione

---

<sup>64</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., p. 31; M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti ecc.*, cit., p. 18.

<sup>65</sup> Cfr. A. SIMONATI, *ult. op. cit.*, p. 264.

<sup>66</sup> E ciò consente di escludere che si tratti di un procedimento cautelare, non essendo peraltro necessaria la sussistenza del *periculum in mora*, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, p. 217.

<sup>67</sup> Cfr. A. TRAVI, *ult. op. cit.*, p. 205.

<sup>68</sup> Dal momento che, anche nel caso dell'accesso, "... l'ordinamento non garantisce direttamente il conseguimento di un bene, ma ne rimette [...] la soddisfazione alla mediazione pubblicistica, secondo lo schema norma-potere-effetto, scansione che disvela la presenza di interessi legittimi a fronte di poteri amministrativi il cui esercizio dà luogo a provvedimenti che definiscono l'assetto di interessi tra amministrazione e privato", cfr. F. FRACCHIA, *ult. op. cit.*, p. 27. Di avviso contrario è, invece, A. SIMONATI (*L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, cit., pp. 260-261) la quale ritiene che manchi un potere deliberativo vero e proprio in capo all'amministrazione.

esclusiva - si deve comunque ritenere che il contenuto demolitorio della pronuncia del giudice sia immanente ed essenziale al fine di assicurare la tutela giurisdizionale anche del soggetto che abbia ragione di dolersi della decisione dell'amministrazione di accoglimento della richiesta di accesso, nei cui confronti la pronuncia di mero accertamento non sarebbe sufficiente, attesa la necessità di far venir meno l'atto (a lui pregiudizievole) abilitante l'accesso e non essendo peraltro ipotizzabile un ordine del giudice di non esibizione dei documenti attesa la vigenza della tipicità dei poteri giurisdizionali.

La natura "esclusiva" della giurisdizione in materia di controversie relative all'esercizio del diritto di accesso è ora consacrata, come si è avuto modo di accennare, nel diritto positivo. Con l'art. 3, comma 6-*decies*, della l. n. 80 del 2005 il legislatore, almeno apparentemente, ha inteso non tanto risolvere un problema di riparto di giurisdizione -essendo chiara la scelta circa la competenza del giudice amministrativo a decidere delle controversie in materia di accesso- quanto piuttosto risolvere la disputa circa la natura del diritto di accesso. Ciò ove si acceda a quella lettura fornita dalla sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale che fonda sulle caratteristiche delle controversie anziché della materia la legittimità della previsione di un ambito di giurisdizione esclusiva<sup>69</sup>. Se letta attraverso il prisma fornito dal giudice delle leggi, non è la compresenza di situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo<sup>70</sup> che legittima la giurisdizione esclusiva nel caso dell'accesso, ma l'esercizio del

---

In generale, sulle modalità di produzione degli effetti giuridici e sulle relative dinamiche, v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 300 ss.

<sup>69</sup> Pubblicata in *Foro it.*, 2004, I, p. 2594 ss., con note di S. BENINI, A. TRAVI e F. FRACCHIA. Numerosi sono stati i commenti alla sentenza in questione, si segnalano, tra gli altri: M. CLARICH, *La <<tribunalizzazione>> del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 969 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, *ibidem*, p. 974 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, *ibidem*, p. 979 ss.; A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed <<arbitrato>> costituzionale*, *ibidem*, p. 983 ss.; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 2209 ss.

<sup>70</sup> Ciò, almeno apparentemente, alla stregua di una lettura dell'art. 108 Cost. secondo cui possono essere attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo soltanto materie in cui siano insieme presenti situazioni di interesse legittimo e diritto soggettivo, cfr. F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, cit.

potere autoritativo<sup>71</sup>. E l'aver individuato nel caso dell'accesso un ambito di giurisdizione esclusiva non può che attrarre (o, meglio, giustificare l'ascrivibilità) la relativa situazione giuridica soggettiva nella categoria dell'interesse legittimo.

In disparte ogni considerazione sulla sopravvivenza della giurisdizione esclusiva laddove il riferimento debba essere alla sussistenza del binomio interesse legittimo-potere autoritativo<sup>72</sup>, essendo in questo caso “sufficiente” la giurisdizione ordinaria di legittimità, non può nemmeno ritenersi implicitamente sancita (per effetto della individuazione della giurisdizione esclusiva) la natura di diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo nel caso dell'accesso. In entrambi i casi, infatti, evidenti sono i limiti del canone interpretativo, dal momento che la natura della situazione giuridica sostanziale non discende –ma, semmai, condiziona- dal[le] modalità previste dall'ordinamento per la sua tutela processuale<sup>73</sup>; ciò, a maggior ragione ove si ponga mente alla “struttura” del rapporto processuale ed alla posizione dei soggetti “controinteressati”, quale risultante dall'art. 22, comma 1°, lett. c, della l. n. 241/1990<sup>74</sup>, che –se si prescinde dagli ulteriori elementi di specialità del rito- potrebbe far ritenere la natura meramente impugnatoria del processo in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Peraltro, già prima della dichiarata sussistenza della giurisdizione esclusiva nella materia dell'accesso, la tutela apprestata dall'ordinamento non era certo costretta dentro i confini di un giudizio di legittimità che si esauriva nell'esercizio nel mero potere di annullamento dell'atto amministrativo impugnato (in linea,

---

<sup>71</sup> Alla stregua della ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004.

<sup>72</sup> Sulle cui implicazioni v. F.G. SCOCA, *ult.op.cit.*, in particolare pp. 2210-2211.

<sup>73</sup> Sul punto, netta è la posizione di M. OCCHIENA (*I diritti di accesso dopo la riforma della l. 241/1990*, cit.) che ritiene “teoricamente errato” desumere dalla previsione di un caso di giurisdizione esclusiva l'implicito riconoscimento della natura di diritto soggettivo del *diritto* di accesso.

<sup>74</sup> Ovvero 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”. Il riconoscimento



quindi, con un giudizio di tipo impugnatorio)<sup>75</sup>. Infatti, l'annullamento della determinazione dell'amministrazione o degli effetti collegati all'inerzia costituiva necessariamente il *pass-through* per l'accertamento della fondatezza della pretesa del ricorrente (sia esso il richiedente l'accesso, sia il soggetto leso dall'accesso di altri), ed eventualmente la condanna all'esibizione dei documenti oggetto della richiesta di accesso. Ciò a prescindere dalla natura di interesse legittimo o di diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva azionata, non essendo comunque estranea alla situazione del primo tipo la previsione di un potere del giudice avente ad oggetto un ordine ad un *facere* specifico<sup>76</sup>, in linea con l'attestarsi di una *giurisdizione soggettiva in senso proprio* che, sulla base delle riforme della giustizia amministrativa della fine degli anni '90 del secolo appena trascorso, costituiva indice di un graduale superamento del modello impugnatorio-cassatorio<sup>77</sup>.

Conclusivamente sul punto -consapevoli dei rischi in cui incorre chi procede per assunti, ma a ciò costretti dai limiti che si è dati al presente lavoro- non può non rilevarsi come l'individuazione della "giurisdizione esclusiva" in materia di accesso sia piuttosto il frutto di quella politica legislativa orientata a *discriminare le giurisdizioni per blocchi di materie*<sup>78</sup> prescindendo dalla natura della situazione giuridica soggettiva azionata, incurante peraltro delle indicazioni che pure erano state fornite dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 204/2004.

---

<sup>75</sup> La natura del giudizio a tutela dell'accesso è tutt'altro che pacifica. Quel che pare innegabile, tuttavia, è che l'azione in esame racchiuda, in sé, tre differenti e contestuali azioni: costitutiva di annullamento, di accertamento della pretesa all'accesso, di condanna dell'amministrazione ad un *facere*, cfr. L. BERTONAZZI, *Accesso ai documenti e contraddittorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 823. Sulla natura impugnatoria del giudizio in questione e, conseguentemente, sulla sussistenza di una giurisdizione di legittimità, cfr. 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.

<sup>76</sup> È il caso, ad esempio, del ricorso avverso il silenzio di cui all'art. 21-*bis* della l. n. 1034/1971. Sul tema v., per tutti, F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., Parte III (p. 63 ss.), ed i riferimenti bibliografici ivi richiamati.

<sup>77</sup> Cfr. A POLICE, *Le forme della giurisdizione*, cit., p. 97.

<sup>78</sup> L'espressione è di M. OCCHIENA, *ult.op.cit.*

7. (Segue): *le parti (ivi compresi i controinteressati) e la rappresentanza processuale*

La individuazione dei soggetti legittimati ad agire per la tutela del diritto di accesso risente, in linea di principio, di quella, operata sul piano sostanziale, dei soggetti legittimati ad esercitare il diritto di accesso, con l'effetto, quindi, che ogni ampliamento dell'ambito soggettivo dei titolari del diritto reca con sé l'estensione della legittimazione processuale.

Sul piano del diritto sostanziale, e per quanto funzionale alla presente analisi, i soggetti legittimati all'accesso, in base alla formula definitoria contenuta all'art. 22, comma 1°, lett. b), l. n. 241/1990, ovvero gli *interessati*, sono tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.

La formula usata ora dal legislatore mostra di aver recepito le indicazioni della dottrina e della giurisprudenza<sup>79</sup> in merito all'ampliamento dello spettro dei soggetti legittimati all'esercizio del diritto non senza però individuare nella presenza di una situazione protetta dall'ordinamento (diritto soggettivo o interesse legittimo) e nell'esistenza di un interesse correlato alla tutela della situazione medesima<sup>80</sup> le condizioni per l'esercizio del diritto. Dalla sussistenza di tali condizioni (in particolare, la prima), il legislatore sembra però prescindere nel caso di accesso endoprocedimentale, di cui all'art. 10, comma 1°, lett. a), l. n. 241/1990, laddove si acceda alla tesi che esclude la natura di interesse legittimo all'interesse partecipativo<sup>81</sup>, nonché in talune discipline speciali (d.lgs.

---

<sup>79</sup> Per una approfondita analisi delle posizioni teoriche e delle principali decisioni della giurisprudenza v. A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto di accesso nella l. n. 241/1990)*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 315 ss.

<sup>80</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *ult. op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>81</sup> V., per tutti, M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, al quale si deve una esaustiva rassegna delle posizioni teoriche.

24 febbraio 1997, n. 39, in tema di accesso alle informazioni ambientali<sup>82</sup>; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, quanto all'accesso agli atti ed alle informazioni degli enti locali (art. 10); l. 7 dicembre 2000, n. 383, con riferimento al diritto di accesso delle associazioni di promozione ambientale), nelle quali si possono scorgere elementi per un sistema di giurisdizione di tipo oggettivo, dove prevarrebbe la funzione di tutela di un generico interesse pubblico piuttosto che la posizione di un soggetto specifico<sup>83</sup>.

Venendo, quindi, alle disposizioni di natura processuale, la questione della legittimazione al processo è alquanto maldestramente risolta dal legislatore; il quale, dapprima, con la norma contenuta al comma 4° dell'art. 25, l. n. 241/1990, sembra riconoscere la titolarità dell'azione al solo soggetto che ha formulato la richiesta di accesso (“...*il richiedente può presentare ricorso...*”); al comma successivo, invece, attribuisce all'azione una valenza più generale (“...*contro le determinazioni [...] e nei casi previsti dal comma 4 è dato ricorso...*”), non senza però offrire - nella disposizione contenuta al comma 6° - un'indicazione circa il contenuto della decisione del giudice (l'ordine di esibizione dei documenti richiesti) compatibile solo con l'azione proposta dal richiedente l'accesso. Atteso che il legislatore della riforma operata con la l. n. 15/2005 e con la di poco successiva l. n. 80 non ha colto l'occasione per risolvere espressamente il problema pur sollevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>84</sup>, ne risulta -sulla base dell'interpretazione oramai invalsa - che la legittimazione ad agire sia da riconoscersi anche a soggetti diversi dal richiedente, che abbiano a dolersi delle determinazioni amministrative in materia di accesso, di accoglimento della richiesta formulata da altri, mentre - come si è sopra visto (par. 6) - solo il richiedente può presentare ricorso avverso le

---

<sup>82</sup> Sul tema v. B. DELFINO, *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali secondo il d.lgs. 24 febbraio 1997 n. 39 – Confronto con la l. 7 agosto 1990 n. 241*, in *Cons. Stato*, 1999, II, p. 135 ss.

<sup>83</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *ult.op.cit.*, p. 18.

<sup>84</sup> La necessità di accordare la legittimazione ad agire anche a soggetti diversi dal richiedente era stata, peraltro, già espressa dal Consiglio di Stato nel noto parere dell'Adunanza generale del 17 febbraio 1987, in *Foro it.*, 1988, III, p. 22 ss.

decisioni adottate dagli organi amministrativi del riesame, di cui all'art. 25, comma 4°.

Non può non rilevarsi, tuttavia, come la identificazione del ricorrente come soggetto diverso dal richiedente trovi un pesante condizionamento nello scarso impiego, nell'ambito dei procedimenti per l'accesso, degli istituti di partecipazione, nella perdurante assenza, peraltro, di una espressa previsione legislativa al riguardo<sup>85</sup>. Sul piano dell'effettività della tutela, infatti, il terzo (rispetto al rapporto amministrazione-richiedente) potrebbe non avere alcuna utilità nell'esperire il rimedio giurisdizionale dal momento che l'accoglimento della richiesta di accesso - e la conseguente ostensione dei documenti recanti il dato di cui sia titolare - avrà determinato l'irrimediabilità del pregiudizio da questo subito.

La problematica testé evidenziata non è indifferente rispetto alla individuazione dei controinteressati, ovvero di quei soggetti cui si riferiscono i documenti richiesti con l'istanza di accesso, la cui posizione di contraddittori necessari appare irrinunciabile quale che sia la qualificazione del diritto di accesso. Con la particolarità che, la configurazione del diritto in questione come autonomo diritto soggettivo all'informazione comporta, sotto il profilo processuale, tra l'altro, l'applicazione dell'art. 102 c.p.c., ovvero un'ipotesi di litisconsorzio necessario, stante la necessità di una pronuncia inscindibile<sup>86</sup>; ma anche la qualificazione della posizione del privato come interesse legittimo implica il necessario coinvolgimento del controinteressato, con il diverso effetto, però, che la mancata notifica comporta l'inammissibilità del ricorso<sup>87</sup>. Rimane, tuttavia, la difficoltà di individuare la figura del controinteressato, dal momento che non

---

<sup>85</sup> Sulle implicazioni di tale partecipazione in termini di aggravamento procedurale, cfr. M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza ecc.*, cit., p. 430.

<sup>86</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 1998, n. 1079, in *Foro amm.*, 1998, I, p. 2018; T.A.R. Lazio, Sez. II-ter, 18 luglio 2001, n. 6638, in *Trib. amm. reg.*, 2001, p. 2719.

<sup>87</sup> Sulla natura di interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva in questione e sulla conseguente natura impugnatoria del giudizio in materia di accesso, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, cit.

Sulla natura del diritto di accesso e sulle implicazioni teoriche v, per tutti, F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., in part., pp. 25-30.

necessariamente vi rientrano tutti i soggetti cui i documenti in qualche modo si riferiscano<sup>88</sup> - dovendosi, piuttosto, far riferimento alla lesione dell'interesse alla riservatezza - e in considerazione del fatto che non sempre la posizione di controinteressato è desumibile dal provvedimento impugnato, potendo questo - nel caso del silenzio - addirittura mancare. In tali casi, ritenendo la scusabilità dell'errore in cui sia incorso il ricorrente che abbia omesso le notifiche, ben potrà il giudice concedere la rimessione in termini<sup>89</sup>.

Non appare problematica, invece, la individuazione della parte resistente del giudizio in materia di accesso, ovvero del legittimato passivo dell'azione. Soccrono, al riguardo, le norme sostanziali che, come si è già accennato (*supra*, par. 2), individuano nell'*amministrazione* che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente<sup>90</sup> il soggetto destinatario della richiesta di accesso e che ne specificano l'ambito soggettivo facendo ricomprendere nella nozione di "pubblica amministrazione" "*tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alle loro attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale o comunitario*" (giusta la formula definitoria di cui all'art. 22, comma 1°, lett. e), l. n. 241/1990). Ed è proprio sul versante del diritto processuale che l'ampliamento dello spettro dei soggetti nei confronti dei quali può essere esercitato il diritto di accesso denota una significativa anomalia del sistema, dal momento che l'individuazione di un privato come parte resistente è di regola associata alla sussistenza di una ipotesi di giurisdizione esclusiva, il che, aderendo all'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 27 giugno 1999, n. 16, conferma la atipica specialità del giudizio per la tutela del diritto di accesso.

Un ulteriore elemento di specialità è, infine, individuabile nella facoltà accordata alle parti del giudizio di avvalersi di una difesa non tecnica; tale facoltà è

---

<sup>88</sup> Per una rassegna delle varie situazioni in concreto verificabili, v. C. CACCIAVILLANI, *Il diritto di accesso è interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 170 ss.

<sup>89</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 2001, n. 1882, in *Giust. it.*, 2001, p. 475.

<sup>90</sup> Cfr. art. 25, comma 2°, l. n. 241/1990.

accordata sia al privato, sia all'amministrazione, la quale potrà essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente, purché in possesso della qualifica di dirigente, autorizzato dal rappresentante legale.

La previsione in questione, peraltro già introdotta con la l. n. 205/2000, viene riproposta ed epurata di quegli elementi terminologici che potevano essere individuati come fonti di difficoltà applicative. Infatti, la facoltà è ora espressamente e genericamente attribuita alle "parti" del giudizio e non più alla sola parte "ricorrente" e, soprattutto, è esercitabile non solo nei giudizi di cui all'art. 25, comma 5°, l. n. 241/1990, ma, in generale, in quelli in materia di accesso; anche, quindi, in quelli regolati, in tutto o in parte, da disposizioni speciali (ad es., l'accesso relativo alle informazioni ambientali, dei consiglieri comunali e provinciali, delle organizzazioni dei consumatori e degli utenti, ecc.)<sup>91</sup>.

Evidente è la *ratio* della previsione: oltre alla semplificazione del rito, il legislatore mostra di voler ridurre gli oneri, anche economici, che una difesa tecnica porta necessariamente con sé. In realtà, la portata delle questioni che in concreto possono venire in rilievo in occasione di una controversia in tema di accesso ai documenti amministrativi fa ritenere che la previsione sia stata dettata più da un intento demagogico del legislatore che dalla finalità di contenere le spese necessarie per la tutela. Ciò specie in considerazione del fatto che, laddove la controversia riguardi dati personali, la decisione avrà ad oggetto diritti indisponibili (della personalità), la cui portata rende pressoché inconcepibile l'assenza di una difesa tecnica.

In difetto, poi, di una espressa indicazione, sembrerebbe che la facoltà in questione sia esercitabile in qualsiasi fase del giudizio<sup>92</sup>, salvo che non si ritenga decisivo l'argomento di interpretazione sistematica offerto dall'art. 417-*bis* c.p.c., che limita alla sola fase del primo grado la difesa diretta delle

---

<sup>91</sup> Cfr. M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti*, cit., p. 22.

<sup>92</sup> In questo senso, peraltro, Cons. Stato, Sez. IV, 10 aprile 2003, n. 1295, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

amministrazioni dello Stato. Il rilievo testé fatto e, ancor di più la valutazione di inadeguatezza di una difesa non tecnica sopra espressa dovrebbero consigliare il legislatore ad un ulteriore e risolutivo ripensamento sulla soluzione adottata. Ove non la si voglia abbandonare del tutto pare evidentemente più opportuno effettuare un suo significativo ridimensionamento, prevedendo, quanto meno e limitatamente al primo grado di giudizio, la subordinazione della difesa personale alla esplicita autorizzazione del giudice<sup>93</sup>.

#### 8. *Il giudizio incidentale in materia di accesso*

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<sup>94</sup>, 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, che ha sancito, nella sostanza, l'autonomia dell'esercizio del diritto di accesso rispetto all'azione giurisdizionale. Tale previsione, con alcune puntualizzazioni (non sempre "felici", come si avrà modo di rilevare), è stata inserita nel nuovo art. 25, comma 5°, della l. n. 241/1990.

Dispone ora la norma che, in pendenza di un giudizio ai sensi della l. n. 1034/1971, 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

---

<sup>93</sup> Analogamente a quanto previsto all'art. 82 c.p.c. per i giudizi davanti al Giudice di Pace.

<sup>94</sup> Un'analisi di tale posizione, con approfonditi spunti critici, la si trova in F. SAITTA, *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la l. n. 241/1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 13 ss. Per il diverso orientamento –che ha, evidentemente, ispirato l'intervento del legislatore– v. Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 1994, n. 1015, sulla quale v. A. PERINI, *L'autonomia del diritto di accesso in giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 107 ss.

consiglio. La decisione del tribunale è appellabile, 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 ma, tuttavia, rimane nella facoltà dell'interessato proporre un ricorso autonomo, ancorché ragioni di economia processuale militino a favore del rimedio in via incidentale, 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.

Ed è 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; ovvero 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 principale<sup>95</sup>, ovvero se prevalga la valenza istruttoria del rimedio e, quindi, nella sostanza, l'assimilabilità dell'istanza di cui all'art. 25, comma 5°, della l. n. 241/1990, quanto agli effetti ed all'ambito di valutazione del giudice, alle ordinarie istanze istruttorie<sup>96</sup>. La soluzione della questione non è ovviamente piana, ciò sia per la formulazione letterale delle norme, sia per la ondivaga posizione assunta dalla giurisprudenza che, invero, non ha lesinato forzature interpretative.

Entrambe le soluzioni, infatti, non paiono irresistibili se raffrontate al dato testuale, dal quale è possibile cogliere una scelta di fondo non certo chiara tra i valori confliggenti dell'economia processuale e della tutela del diritto di accesso, specie quanto alla posizione del terzo. Anzitutto, la valenza autonoma del giudizio sembra essere contraddetta dalla qualificazione di "ordinanza

---

<sup>95</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II, ord. 18 marzo 2001, n. 7191, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>96</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 22 gennaio 2002, n. 403, in *Foro it.*, 2002, III, p. 226, con osservazioni di G. D'ANGELO.



istruttoria” della decisione che il giudice potrà assumere, oltre che dalla sostanziale inutilità dell’attribuzione al giudice del processo principale della cognizione della controversia in tema di accesso qualora questa riguardi documenti non rilevanti per quel processo<sup>97</sup>. A ciò si aggiunga, poi, la previsione di una notifica in “alternativa”<sup>98</sup> all’amministrazione o ai controinteressati dell’atto introduttivo (nella forma di istanza, come si è visto), che solo la natura incidentale del giudizio potrebbe consentire, stante la possibilità di realizzare l’integrità del contraddittorio anche in un momento successivo<sup>99</sup>. 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 previsto dal medesimo art. 25, comma 5°, primo periodo; non essendo diversamente possibile la sua autonoma impugnazione avanti il Consiglio di Stato<sup>100</sup>.

Quale che sia la natura del giudizio incidentale rimane tuttavia difficilmente contestabile la connotazione della facoltatività del rimedio rispetto al giudizio autonomo<sup>101</sup> e ineludibile la sovrapposibilità con le ordinarie istanze istruttorie.

---

<sup>97</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit., p. 49.

<sup>98</sup> La notifica dell’istanza in pendenza del ricorso in via alternativa all’amministrazione o ai controinteressati è da ritenersi, secondo M.A. SANDULLI (*La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere ed apparenti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), numero 4/2005, p. 8), frutto di “un’evidente svista”. L’A., peraltro, attribuisce la “svista” alla scarsa ponderazione con la quale, incuranti dei rilievi critici mossi dalla prevalente dottrina, si è giunti alla definitiva approvazione del testo normativo.

<sup>99</sup> Cfr. M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti ecc.*, cit., p. 31.

<sup>100</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *ult.op.cit.*, p. 51.

<sup>101</sup> Ancorché autorevole giurisprudenza ritenga che la scelta tra il giudizio autonomo a tutela dell’accesso e il giudizio incidentale non possa essere rimesso al mero arbitrio del soggetto; il quale, laddove intenda acquisire la documentazione necessaria a comprovare la illegittimità di un provvedimento già oggetto di un giudizio pendente, non potrà che utilizzare il giudizio incidentale, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1036, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 392 ss.