

23 MAGGIO 2018

La tutela dei diritti di accesso ai
documenti amministrativi e alle
informazioni nella prospettiva
giurisdizionale

di Vera Parisio

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università di Brescia



La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale *

di Vera Parisio

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università di Brescia

Abstract [It]: L'Autrice analizza alcuni profili concernenti la protezione giurisdizionale riconosciuta alle diverse forme di accesso ai documenti amministrativi dagli artt. 116 e 133 del c.p.a. (d.lgs n. 104 del 2010). I diversi tipi di accesso ai documenti e alle informazioni sono descritti nei loro principali elementi di differenziazione, sebbene il legislatore abbia stabilito lo stesso tipo di protezione giurisdizionale. Con particolare riferimento al diritto di accesso civico nelle sue due forme: semplice e generalizzato, viene evidenziato che l'ampia legittimazione riconosciuta in fase procedimentale non trova corrispondenza, in considerazione dei caratteri del processo amministrativo italiano, in quella prevista nella fase processuale davanti al giudice amministrativo, con la conseguenza che l'accesso civico rischia di perdere una gran parte della sua rilevanza e incisività.

Abstract: [En]: The Author analyses some aspects of the judicial protection of the different types of right of access to administrative documents, provided for in article 116 and 133 of the administrative trial code (legislative decree n. 104/2010). The different types of access to administrative documents are outlined in their main differences, even though the legislator has set the same kind of judicial protection. With special reference to the citizens' right of access in its two forms - the simple and the generalised one - it is highlighted that the wide legitimation guaranteed during the procedural stage can't be found, considering the features of the Italian administrative trial, in the one of the trial phase before the administrative courts. The result is that the citizens' right of access may lose a great part of its importance and effectiveness.

Sommario: 1. Introduzione - 2. I diritti di accesso davanti al giudice amministrativo - 2.1. Il rapporto tra diritto di accesso documentale e diritto di accesso civico - 2.2. Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e modelli processuali a confronto - 2.2.1. Un giudizio ibrido 3. Art. 116 c.p.a. e poteri del giudice amministrativo - 3.1. I poteri di accertamento e condanna del giudice tra accelerazioni e semplificazioni - 4. Diritti di accesso e azione popolare - 5. La tutela nei confronti del diniego e/o del silenzio nelle ipotesi di accesso civico - 6. Conclusioni

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

1. Introduzione

Il legislatore anche per l'accesso civico generalizzato¹, l'ultimo nato della grande famiglia degli istituti finalizzati a garantire la trasparenza della p.a.² mediante l'accesso a documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo, in particolare quella esclusiva (art. 133 lett. a, n. 6 c.p.a.) e l'applicazione del rito speciale semplificato e accelerato, contemplato nell'art. 116 c.p.a. (“*Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*”). In precedenza, aveva assunto analoga previsione per l'accesso civico semplice, di cui all'art. 5 c. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013, nonché per l'accesso “classico” o documentale di cui agli artt. 22 ss. della l. n. 241 del 1990.

Nelle riflessioni che seguiranno si intende verificare, anche con lo stimolo della giurisprudenza che progressivamente si va consolidando sull'applicazione degli artt. 5 c. 1 e c. 2 del d.lgs. n. 33 del 2013, se alle diverse tipologie di accesso corrisponde effettivamente un modello unitario di tutela giurisdizionale - soffermandosi solo su alcuni profili ritenuti particolarmente significativi, non potendo affrontare tutte le numerose e complesse questioni di carattere giurisdizionale che si presentano nell'applicazione degli artt. 116 c.p.a. e 133 c.p.a. - quanto a poteri e prerogative del giudice amministrativo, senza tralasciare di delineare i caratteri peculiari del rito processuale *ad hoc* disciplinato nell'art. 116 c.p.a.³. Alla luce della

¹ Nello scritto, quanto a terminologia, ci si è uniformati a quella utilizzata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.) nella sua delibera del 28 dicembre 2016, n. 1309, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 c. 2 del d.lgs. n. 33 del 2013*, in www.anac.it, ripresa peraltro da Cons. St., Sez. VI, 4 gennaio 2018, n. 47, in www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina, anche per la bibliografia, sull'accesso civico generalizzato, cfr. A. SIMONATI e M. CALABRÒ, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI, a cura di, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 1320 ss.; E. TEDESCHI, *Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 6, 805-814; D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5, 2016, 109 ss.. Per la tutela processuale del diritto di accesso, cfr. A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, in www.federalismi.it. Sui rapporti tra accesso civico generalizzato e prevenzione della corruzione, cfr. M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 5, 593-603. Per quanto riguarda l'accesso documentale rimane fondamentale M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 2 ss

² Non è questa la sede per soffermarsi sulla nozione di trasparenza, per la quale si rinvia, per tutti ad A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2013, 749 e a D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, cit., 110 ss.; A. CORRADO, *La “trasparenza” nella legislazione italiana*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1431.

³ Per un attento esame dell'art. 116 c.p.a., e per la relativa bibliografia, si rinvia a S. FIORENTINO, *Il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di, G.P. CIRILLO, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, Wolters Kluwer, 2014, 1111; A. SIMONATI e M. CALABRÒ, *Le modalità di esercizio*, cit., 1370 ss.; V. PARISIO, *I riti speciali*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di, R. CARANTA, Bologna, Zanichelli, 2011, 663 ss.. In chiave critica sulla mancata differenziazione del rito in relazione alle diverse materie possibile oggetto dell'accesso stesso, cfr. E.M. MARENGHI, *Il rito speciale dell'accesso tra differenziazione processuale e indifferenziazione materiale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 2-3, 689 ss..

giurisprudenza che si va formando, inoltre, si vuole verificare se ad una legittimazione diffusa prevista nella fase procedimentale ne corrisponde una identica nella (eventuale) successiva fase giurisdizionale.

Preliminarmente, appare dunque opportuno delineare, seppure in modo succinto, e nella sola prospettiva di nostro interesse, i caratteri propri di ciascuna delle tre tipologie di accesso introdotte nel nostro sistema giuridico, da ultimo con il d.lgs. n. 33 del 2013 e s.m.i., il tipo di rapporto che si instaura tra le stesse⁴, in considerazione dello stretto legame sussistente tra disciplina sostanziale e processuale.

Nelle riflessioni che seguono, inoltre, si intende verificare se le scelte del legislatore, in particolare quelle relative all'introduzione dell'accesso civico, con particolare riguardo alla fase della tutela giurisdizionale, rispondano appieno all'esigenza di riconoscere la massima centralità al principio di trasparenza o se, al contrario, manifestino criticità, in grado di compromettere tale centralità.

2. I diritti di accesso davanti al giudice amministrativo

Come ben chiarito anche nella delibera ANAC del 28 dicembre 2016, n. 1309⁵, l'accesso documentale (o classico), il primo ad essere codificato, nel capo V° della l. n. 241 del 1990, permette agli interessati di esercitare al meglio le proprie facoltà partecipative, oppositive e difensive al fine di tutelare una propria posizione giuridicamente rilevante. Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 33 del 2013 e s.m.i., gli obblighi di trasparenza a carico delle pubbliche amministrazioni sono stati generalizzati e rafforzati con l'affermazione del principio di trasparenza definita come *“accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni”* con la finalità di assicurare a tutti i cittadini, in modo indistinto, la più ampia conoscibilità delle informazioni concernenti la vita delle pubbliche amministrazioni nella prospettiva di attuare *“il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche”*, anche in applicazione del diritto *“ad una buona amministrazione”* di cui all'art. 41 della Carta di Nizza, nonché per ottenere l'obiettivo di *“un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino”*.

L'accesso civico semplice, di cui all'art. 5 c. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013⁶, costituisce un rimedio alla violazione dell'obbligo di pubblicazione per le categorie di atti previste dalla legge, ed è esercitabile da *“chiunque”*, ossia da tutti i soggetti che vi abbiano interesse, quest'ultimo non subordinato ai requisiti di

⁴ Sul punto, in giurisprudenza, per un rapporto di reciproca integrazione, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 5 novembre 2014, n. 5671 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 15 marzo 2016, n. 3287, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵ Delibera dell'ANAC del 28 dicembre 2016 n. 1309, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 c. 2 del d.lgs. n. 33 del 2013*, cit..

⁶ *“L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione”*.

legittimazione che, invece, sono previsti per l'accesso documentale, e si estende a tutte le informazioni, anche se non presentano la forma del documento amministrativo⁷. Si distingue dunque dal diritto di accesso documentale, per il modo con il quale avviene l'accesso (pubblicazione) e per l'estensione dei contenuti accessibili ossia dati e informazioni e non solo documenti amministrativi. In sostanza, nell'art. 5 c. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013⁸ si realizza una sovrapposizione tra il dovere di pubblicazione e il diritto del privato di accedere a documenti, dati, informazioni, e l'omessa pubblicazione dei dati e documenti indicati dal legislatore può essere fatta valere in giudizio da "chiunque". Rimane facoltativa la diffusione dei contenuti non inclusi tra quelli da pubblicare *ex lege*, considerata ammissibile solo nella forma delle informazioni anonime. Pertanto, il diritto di accesso civico semplice, ex art. 5 c. 1 d.lgs. n. 33 del 2013 sorge proprio con la violazione dell'obbligo di pubblicazione delle sole categorie di informazioni previste dal legislatore⁹.

L'accesso civico generalizzato, art. 5 c. 2 del d.lgs. n. 33 del 2013¹⁰, infine, come quello civico semplice privo di specifici requisiti di legittimazione attiva, la quale ultima spetta appunto a "chiunque", si distingue da quest'ultimo in quanto si indirizza ad atti ulteriori rispetto a quelli oggetto di obbligatoria

⁷ In giurisprudenza, cfr. Cons. St., Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515 e T.A.R. Lombardia. Milano, Sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 2587, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In particolare, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 19 marzo 2014, n. 3014, ove si legge "...*omissis* trattasi di una nuova forma di accesso ontologicamente diversa da quella disciplinata agli artt. 22 e segg. della legge n. 241 del 1990, la cui funzione è di permettere a "chiunque", pertanto a prescindere da specifici requisiti soggettivi di legittimazione attiva, la conoscenza di documenti, informazioni o dati, qualora l'amministrazione abbia violato obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. In sintesi, con l'accesso civico si è introdotto il potere di cittadini ed enti di controllare democraticamente se una amministrazione pubblica abbia adempiuto agli obblighi di trasparenza previsti dalla legge, segnatamente se abbia provveduto alla pubblicazione di documenti, informazioni o dati. Ove tale adempimento non vi sia stato, il predetto potere si estrinseca nella facoltà di esercizio dell'accesso civico, ovvero di richiedere all'amministrazione inadempiente i medesimi documenti, informazioni o dati, con l'ulteriore possibilità di accedere alla speciale tutela giudiziale di cui all'art. 116 del c.p.a. ...*omissis*" in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸ Per un attento, e critico, esame, del d.lgs. n. 33 del 2013 si rinvia a M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 8-9, 795-805. L'A., nel sottolineare che l'accesso civico è configurato come pungolo al corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione, lamenta un approccio dirigista, poiché è il legislatore a stabilire ciò che il singolo ha il diritto di conoscere. L'accesso, quindi, non si configura come un diritto fondamentale, ma piuttosto come un diritto "riflesso", a differenza di quanto avviene in altri sistemi democratici-liberali che hanno adottato il modello "Foia". In effetti, l'accesso civico semplice nasceva già sacrificato dalle indicazioni legislative. Si è cercato di mitigare la situazione con le modifiche intervenute con il d.lgs. n. 97 del 2016, anche se il modello FOIA rimane ancora lontano.

⁹ Cfr. M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2013, 425-451. L'A. rileva che la tipicità delle categorie di informazioni può ostacolare il controllo diffuso sull'amministrazione e "*dar luogo all'esigenza che il ricorrente dimostri, perlomeno, di tutelare lo stesso interesse protetto dall'obbligo di pubblicazione*", p. 438, e in tal modo si restringerebbe l'ambito di riferimento del "chiunque".

¹⁰ Art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33 del 2013, secondo cui "*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis*".

pubblicazione, “allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”, sempre “nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis”¹¹.

I diversi tipi di accesso appena delineati, pertanto, troveranno applicazione sulla base delle particolari finalità che in concreto si vogliono raggiungere, presupposti diversi per finalità diverse.

Tale considerazione fa sorgere l'interrogativo se, una volta esercitata la facoltà di utilizzare esclusivamente uno degli istituti sopraindicati, mediante la presentazione della relativa specifica istanza, sia possibile poi far valere, con pretesa automaticità, le prerogative di tutela previste per l'altro istituto, che non sia stato attivato dal soggetto interessato, o se il giudice possa d'ufficio convertire l'azione, ai sensi dell'art. 32 c.p.a., ma di questo si dirà a breve. È sufficiente osservare che a tale interrogativo la giurisprudenza che si va consolidando fornisce risposta negativa. Con riferimento di volta in volta al principio di leale collaborazione tra le parti, dovendo l'istanza del soggetto interessato orientare, in termini di necessaria coerenza, il comportamento concretamente esigibile dall'Autorità adita, e quanto al giudice, con riferimento al principio dispositivo che governa il processo amministrativo.

Per quanto concerne le discipline di settore, vale la pena di ricordare succintamente l'accesso alle informazioni ambientali¹² e l'accesso agli atti previsto nel codice dei contratti pubblici¹³.

L'accesso alle informazioni ambientali gode di una disciplina speciale, fatta salva dall'art. 40 del d.lgs.n. 33 del 2013, di attuazione di fonti europee ed extraeuropee, in considerazione dell'assoluta rilevanza riconosciuta al bene ambiente nel nostro ordinamento, alla luce della quale le autorità pubbliche devono fornire, avvalendosi della miglior tecnologia disponibile, le informazioni detenute a chiunque ne faccia richiesta, senza che quest'ultimo debba dimostrare la titolarità di un interesse personale, concreto e attuale. Tuttavia, come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare¹⁴, il fatto che sia riconosciuta una

¹¹ Si leggano le linee guide dell'ANAC sull'accesso civico si precisa che “tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni?”.

¹² Sul punto, anche per la bibliografia, cfr. S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1321 ss..

¹³ Sul punto e in particolare sull'art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006, cfr. M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 1, 157 ss.. Con particolare riferimento all'art. 13 del d.lgs. n. 33 del 2013, l'A. rileva che la disciplina dell'accesso civico potrebbe essere strumentalizzata per ottenere ciò che con l'accesso documentale non si potrebbe ottenere. Da ultimo, cfr. M. PANI e C. SANNA, *Trasparenza, pubblicità e accesso nel codice degli appalti – d.lgs. 50/2016*, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2018.

¹⁴ Per gli atti e le informazioni in materia ambientale è prevista una legittimazione in capo a “chiunque”, a condizione che quest'ultimo dimostri il rapporto diretto tra l'ambiente e l'atto/informazione, oggetto dell'accesso.

legittimazione diffusa non esime il ricorrente dallo specificare in sede amministrativa che l'interesse di base è un reale interesse ambientale, collegato alla protezione dell'ambiente, come inteso dal d.lgs. n. 195 del 2005. Il d.lgs. n. 195 del 2005, abrogativo del d.lgs. n. 39 del 1997, di recepimento della Direttiva 2003/4/CE, contempla un regime di pubblicità sostanzialmente integrale delle informazioni ambientali, oltre alla già citata legittimazione diffusa del *quisque de populo*, affrancata dai più restrittivi presupposti di cui agli artt. 22 e ss., l. 241 del 1990, purché si tratti in effetti di informazioni ambientali. Nelle ipotesi di accesso a queste ultime, dunque, per l'amministrazione prima, ed eventualmente per il giudice amministrativo poi, diventa particolarmente delicata e decisiva ai fini dell'ammissibilità del ricorso, la verifica della effettiva inerenza dell'informazione richiesta con la protezione dell'ambiente, nelle sue varie componenti, e dei fattori che incidono su di esso¹⁵.

Sempre in tema di diritto di accesso previsto in discipline settoriali, merita fare un cenno anche a quanto previsto in materia di appalti, ove l'art. 13 del vecchio codice appalti (d.lgs. n. 163 del 2006) stabiliva particolari limiti oggettivi (la documentazione richiesta doveva essere finalizzata alla sola difesa in giudizio) e soggettivi (la legittimazione veniva riconosciuta al solo concorrente che aveva partecipato alla selezione) all'accessibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici, nonché obblighi di non divulgazione del contenuto di determinati atti, creando una sorta di "microsistema normativo"¹⁶, pur all'interno dei binari tracciati dalla l. n. 241 del 1990¹⁷, con una diminuzione a dieci giorni del termine per l'impugnazione del diniego di accesso, anche in considerazione della specialità del rito processuale accelerato previsto in materia di appalti.

Con il recepimento della Direttiva 2014/24/UE, l'art. 29 c. 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 richiama esplicitamente l'accesso civico, che dunque viene "ufficialmente" introdotto anche in materia di appalti, settore che dunque si apre definitivamente al principio di trasparenza¹⁸ - per permettere il controllo

Cfr. Cons. St., Sez. III, 5 ottobre 2015, n. 4636 e Id., Sez. IV, 20 maggio 2014 n. 2557; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 29 novembre 2016, n. 1638, ove chiaramente si prevede che gli atti di cui si chiede l'esibizione devono essere attinenti alla protezione dell'ambiente. Ovviamente la speciale normativa in materia di informazioni ambientali non può venire impiegata per finalità diverse. Sul punto cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 8 marzo 2011, n. 2083 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 26 luglio 2017, n. 3976, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ Ad esempio, non è sufficiente che un bene si trovi in una zona paesaggisticamente vincolata, per rendere ogni richiesta di informazioni ricadente nella speciale disciplina delle informazioni ambientali. Cfr. T.A.R. Napoli, n. 3976/2017, cit..

¹⁶ Così si legge nella sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, n. 2587/2014, cit. e Id., Sez. staccata Brescia, n. 1638/2016, cit., in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Il che implicava una verifica attenta circa l'utilità dei documenti richiesti con l'accesso. Cfr. Cons. St., Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3079, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Si pensi all'art. 29, c. 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. dove si dice "Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 112 ovvero secretati

democratico sull'agire dell'amministrazione, cui la trasparenza è indirizzata - che si aggiunge al preesistente principio di pubblicità. Gli atti della procedura di gara, in tempi ridottissimi dalla loro adozione vengono pubblicati sul sito dell'amministrazione, divenendo così accessibili non più ai soli concorrenti, ma anche ai cittadini, onerati, però, al contempo della massima diligenza nel mantenere controllati i siti dell'amministrazione, in quanto è dal momento della pubblicazione che decorrono i termini per un'eventuale impugnazione.

Anche le discipline di settore, sebbene connotate a livello sostanziale da indubbi caratteri di specialità, quanto a giurisdizione, ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e prevedono l'applicazione dell'art. 116 c.p.a..

Le diverse tipologie di accesso scrutinate dal giudice amministrativo vedono quest'ultimo effettuare un sindacato dai contorni differenziati, conformato alle diverse tipologie di accesso, sull'attività dell'amministrazione. Il suo ruolo è andato nel tempo rafforzandosi, in considerazione della sempre più evidente tendenza del legislatore a non effettuare scelte precise e definitive quanto a interessi da tutelare in via prioritaria, preferendo piuttosto riversare sul giudice, sfornito di legittimazione democratica, un compito che esula dalle sue prerogative: quello di stabilire una gerarchia di valori, non indicata espressamente dal legislatore¹⁹, sostituendosi all'amministrazione nella ponderazione degli interessi. Questa ormai consolidata tendenza ha progressivamente esasperato la “*vis creativa*” della giurisprudenza amministrativa, la quale spesso, sotto le mentite spoglie di un'interpretazione estensiva - operazione squisitamente interpretativa, mediante la quale si attribuisce a un termine e/o sintagma un significato più ampio di quello usuale in modo da far rientrare nel campo di applicazione della disposizione interessata anche elementi rimasti in ombra, che ne sarebbero esclusi dal significato ordinario - si cela spesso in realtà una attività puramente creativa del diritto, in quanto implica la sostituzione del giudice al legislatore, in contrasto con il principio della separazione dei poteri.

*ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”, con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. È inoltre pubblicata la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione”. In dottrina, da ultimo, cfr. M. PANI e C. SANNA, *Trasparenza, pubblicità e accesso nel codice degli appalti – d.lgs. 50/2016*, cit..*

¹⁹ A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 – Relazione*, in *www.lexitalia.it*, n. 1/2018.

Se da un lato tale spinta creatrice del diritto ha permesso negli anni di superare l'assoluta carenza o obsolescenza di codificazione in svariati ambiti di grande delicatezza, dall'altro però ha contribuito ad alimentare l'incertezza del diritto, che ormai mina in profondità il nostro sistema giuridico²⁰.

Allorché sia richiesto il suo intervento a tutela del diritto di accesso documentale (classico), il giudice dovrà verificare “*in primis*” la legittimazione del ricorrente²¹, in considerazione del fatto che il diritto di accesso classico non è azionabile da chiunque, *a fortiori* dopo le modifiche intervenute nel 2005, ma dal solo portatore di un interesse diretto, concreto, attuale e non meramente potenziale, emulativo o esplorativo, connesso alla disponibilità del documento²². Peraltro, è stata proprio la giurisprudenza amministrativa, ormai consolidata, a interpretare in senso lato la nozione di strumentalità del diritto di accesso, con la precisazione che la richiesta di accesso non deve essere intesa unicamente come strumentale all'esercizio del diritto di difesa in giudizio, come prova diretta della lesione²³, ma è sufficiente che sia in un qualsiasi modo utile per il ricorrente, ed esula dal suo sindacato la fondatezza o l'ammissibilità di eventuali future azioni giudiziarie che il ricorrente voglia promuovere, e in relazione alle quali abbia esercitato il diritto di accesso²⁴.

Inoltre, è proprio in materia di accesso documentale che il giudice amministrativo ha confermato il suo storico ruolo propulsivo nei confronti del legislatore, il quale spesso ha codificato, generalizzandole, soluzioni già suggerite proprio dalla giurisprudenza amministrativa.

Infatti, il giudice amministrativo, prendendo le mosse da un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni sull'accesso documentale, volta a dare il massimo risalto all'art. 97 della Costituzione - “*in primis*” ai principi di imparzialità e buon andamento - è andato progressivamente individuando come

²⁰ Cfr. M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in www.federalismi.it e A. VACCA, *Adunanza plenaria, “ius dicere” e creazione del diritto*, in www.lexitalia.it, n. 1/2018.

²¹ Particolarmente delicato appare il sindacato del giudice amministrativo laddove sia chiamato a individuare quali atti debbono essere ostensibili da soggetti formalmente privati, ma che sono ad esempio concessionari di un pubblico servizio. In tal caso, assodato che i concessionari di un pubblico servizio sono legittimati passivi del diritto di accesso, tale diritto può essere legittimamente esercitato solo rispetto ad atti connessi a profili pubblicistici, tra i quali ad esempio le progressioni di carriera o gli atti di auto-organizzazione degli uffici ecc.. Sul punto. cfr. Cons. St., Ad. plen., 28 giugno 2016, n. 13, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16 giugno 2017, n. 1078, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

²² Cfr. Cons. St., Ad. plen., 24 aprile 2012, n. 7; Id., Sez. V, 21 agosto 2017, n. 4043; Id., Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 461; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 27 luglio 2017 n. 9023 e Id, Sez. III *ter*, 8 settembre 2017, n. 9640, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²³ Cfr. Cons. St., Sez. III, 13 gennaio 2012, n. 116, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ Cfr. Cons. St., n. 116/2012 cit.; Id., Sez. V, 10 gennaio 2007 n. 55; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 30 ottobre 2016, n. 10011; T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 6 marzo 2015, n. 200 e T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 settembre 2017, n. 834, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

principio cardine della disciplina quello della massima ostensione dei documenti amministrativi²⁵, fatte salve le eccezioni rinvenibili nell'art. 24 c. 7 della l. n. 241 del 1990, giustificate dalla necessità di proteggere altri interessi meritevoli di tutela, anticipando così la svolta legislativa intervenuta in seguito con l'accesso civico. Ha però sempre tenuto fermo il principio che il diritto di accesso classico o documentale rappresenta una manifestazione del principio di pubblicità e non può certo risolversi in una forma di controllo generalizzato, generico e indistinto del singolo sull'operato dell'amministrazione, che costituirà, al contrario, proprio la finalità da conseguire con l'accesso civico, in particolare, con quello generalizzato. Infine, particolarmente delicato e improntato ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, si profila l'intervento del giudice amministrativo laddove debba sindacare il bilanciamento effettuato dall'amministrazione tra la riservatezza, alla luce dell'art. 24 c.7 della l. n.241 del 1990 e degli artt. 59 e 60 del d.lgs. n. 196 del 2003, e il diritto di accesso, che tende a concludersi con il recesso della prima rispetto al secondo, solo a condizione che quest'ultimo sia strettamente funzionale alla tutela e alla difesa degli interessi giuridici del richiedente²⁶.

2.1. Il rapporto tra diritto di accesso documentale e diritto di accesso civico

Ancora una volta si deve alla giurisprudenza amministrativa, chiamata a risolvere delicate questioni di possibile sovrapposizione tra l'accesso documentale e quello civico (nelle due forme: semplice e generalizzato) la bussola di orientamento per stabilire le linee di confine (e di possibile contestuale fruizione) dei due istituti. In particolare, le prime pronunce del Consiglio di Stato²⁷ hanno risolto il quesito che si andava prospettando circa la possibilità di applicare all'accesso documentale le regole che si erano successivamente previste per l'accesso civico, implicitamente ritenendo che l'accesso civico avesse inglobato l'accesso documentale. Con grande chiarezza, il Consiglio di Stato ha affermato che le nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 33 del 2013 non sono “*né ampliative né sovrapponibili*”²⁸ rispetto a quelle che consentono l'accesso ai sensi degli artt. 22 ss. della l. n. 241 del 1990, in quanto pur nella comune ispirazione al principio di trasparenza, presentano indubbe diversità nelle finalità e nelle modalità di svolgimento, da cui conseguono “*piani separati di operatività e di rito*”²⁹ degli istituti *de quibus*. In particolare, si evidenzia che la normativa del d.lgs. n. 33 del 2013 è stata pensata in una logica (pressoché totalizzante)

²⁵ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2269; Id. IV, 6 agosto 2014, n. 4209; Id., Sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5814; T.A.R. Lazio, Roma, n. 3287/2016, cit. e Id., n. 9640/2017, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ *Ex multis*, cfr. Cons. St., Sez. VI, 31 luglio 2013, n. 4035 e T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 15 febbraio 2018, n. 434, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ Non si possono non segnalare, per chiarezza e completezza, Cons. St., n. 5515/2013 cit. e T.A.R. Napoli, n. 5671/2014, cit., in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Cfr. Cons. St., n. 5515/2013, cit..

²⁹ Id. e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 14 gennaio 2016, n. 188, in www.giustizia-amministrativa.it.

di contrasto alla corruzione³⁰ e alla cattiva amministrazione, per attuare la quale viene imposta la pubblicazione sui siti delle amministrazioni di una serie di documenti, sulla base di una valutazione effettuata dal legislatore stesso, e al contempo è previsto il diritto di chiunque di accedere direttamente ed immediatamente a tali siti, senza autenticazione ed identificazioni. Al contrario il diritto di accesso documentale non si correla ad un generale dovere di pubblicità dell'azione amministrativa, ma è riferito al diritto dei soli interessati di prendere visione e estrarre copia dei documenti amministrativi. Si tratta di un diritto meno ampio, in quanto delimitato dal rapporto che deve sussistere tra il richiedente l'accesso e l'atto oggetto di ostensione, ma tendenzialmente idoneo a spingersi più in profondità, proprio perché si giustifica con la protezione di un interesse specifico, differenziato, contrariamente all'accesso civico introdotto proprio per la sola protezione dell'interesse pubblico al controllo diffuso sull'attività amministrativa. Gli interessati ai fini dell'accesso documentale non sono i *quisque de populo* di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, ma, come già rilevato, solo coloro i quali sono portatori di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui si chiede l'ostensione. Il giudice amministrativo ha affermato che l'accesso civico si aggiunge all'accesso documentale, senza eliderlo, in quanto la circostanza che un soggetto sia titolare di una posizione differenziata non gli impedisce, verificandosi i presupposti di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, di fruire in ogni caso dell'accesso civico. Sarà l'interessato, volta per volta, a valutare e scegliere la forma di accesso più confacente alle sue reali esigenze e quanto in profondità debba spingersi la sua richiesta, anche perché dall'esercizio di un accesso civico potrebbe nascere l'esigenza di un accesso documentale e viceversa. Tuttavia, in una logica di eliminazione/riduzione della duplicità di attività e procedimenti amministrativi privi di reale utilità pubblica e/o privata, la giurisprudenza³¹ ha ritenuto che se gli atti di cui si chiede l'accesso documentale sono per legge sottoposti a pubblicazione obbligatoria, l'accesso civico, che non postula alcuna autenticazione o motivazione, si sostituisce a quello documentale.

Infine, ha statuito che l'obbligo di pubblicazione cui si collega l'accesso civico riguarda tutti i documenti relativi ad attività che, seppure formati anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 33 del 2013, sono ancora in grado di produrre, anche parzialmente, i loro effetti.

L'attività del giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, è risultata ancora una volta essenziale per stabilire i limiti dell'accesso civico generalizzato, che potenzialmente si riferisce a ogni atto dell'amministrazione, a condizione che non venga recato pregiudizio agli interessi di cui all'art. 5 *bis*. Non

³⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 18 luglio 2013, n. 1904, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹ Cfr. Cons. St., Sez. V, 23 febbraio 2018, n. 1148, che sul punto, conferma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 dicembre 2016, n. 1372, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. Nel caso di specie l'accesso documentale riguardava atti concernenti beni immobili e la gestione del patrimonio di un ente locale.

si tratta dunque di un diritto incondizionato, in quanto il suo riconoscimento presuppone da parte dell'amministrazione prima e del giudice poi un attento sindacato volto ad accertare che con l'accesso non si verifichi un pregiudizio ai valori citati³². Ma vi è di più. Il giudice si spinge anche a sindacare che l'istituto in parola non venga utilizzato in modo disfunzionale rispetto alle finalità per le quali è stato introdotto nell'ordinamento, ossia favorire forme di controllo diffuso sull'attività e le risorse pubbliche, trasformandolo, in concreto, in un motivo di intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione³³. Il giudice, in sostanza, valuta, caso per caso, l'uso dell'accesso civico alla luce del principio di buona fede, al fine di garantire, al termine di una attenta operazione di bilanciamento degli interessi, non solo che non venga vanificata l'applicazione dell'istituto, ma anche che lo stesso non provochi una sorta di effetto *boomerang*³⁴ sull'efficienza dell'Amministrazione oltre naturalmente a non ledere interessi giuridicamente rilevanti, quali la sicurezza pubblica, la difesa, ecc....

2.2. Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e modelli processuali a confronto

Come già rilevato, nell'art. 133, c. 1 lett. a) n. 6 c.p.a. si stabilisce un'ipotesi di giurisdizione esclusiva³⁵ per le controversie in materia di *"diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa"*, rispondendo immediatamente all'indiscutibile intrecciarsi di posizioni di diritto soggettivo e interesse legittimo che si stagliano nell'ambito del diritto di accesso, *rectius* dei diritti di accesso. Vi è stato chi, constatato che in materia di tutela dei dati personali la scelta del legislatore si è orientata sul giudice ordinario, per le ipotesi di "violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa" ha sollevato dubbi circa la conformità con l'art. 103 della Costituzione della previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in considerazione della sua eccessiva vastità³⁶. Si sostiene che, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, nonché delle successive 191/2006 e 140/2007, la giurisdizione esclusiva vada riferita solo a materie particolari, ben circoscritte, nelle quali l'amministrazione agisca come autorità, circostanza che non sempre si verificherebbe in tutte le

³² Tra le prime applicazioni, cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 14 novembre 2017, n. 2157, in www.giustizia-amministrativa.it. In tale pronuncia si sono ritenuti sottratti all'accesso generalizzato i verbali di verifica sull'affidabilità tecnica effettuati dalle prefetture sulle cooperative cui è affidata l'accoglienza dei migranti, in quanto rientravano tra gli atti che il D.M. 10 maggio 1994, n. 1115, richiamato dall'art. 24 c. 4 l. n. 241 del 1990, applicabile anche all'accesso generalizzato in virtù dell'art. 5 *bis*, esclude dall'accesso.

³³ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 ottobre 2017, n. 1951 in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Per una accurata ricostruzione della nozione di giurisdizione esclusiva, anche per la bibliografia, da ultimo, cfr. F. SCIARRETTA, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in www.federalismi.it.

³⁶ M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza*, cit., 443.

controversie rientranti nell'art. 133 c. 1 lett a) n. 6³⁷. Tale eventualità non si presenterebbe, ad esempio, nelle controversie che si concretizzano nel dovere di pubblicazione di semplici dati, o negli obblighi di garanzia della qualità delle informazioni, ossia nel costante aggiornamento dei dati e delle informazioni, ecc... Questo tipo di obblighi e i diritti correlati non mostrerebbero una connessione diretta con un potere amministrativo e la loro violazione sfocerebbe in una responsabilità civile della p.a., il cui giudice naturale rimane il giudice ordinario, dunque non si giustificerebbe la giurisdizione esclusiva. A fronte dell'esercizio dell'accesso civico semplice discenderebbe, sempre ad avviso di coloro i quali dubitano della legittimità costituzionale della previsione della giurisdizione esclusiva, un obbligo incondizionato della p.a. di provvedere all'ostensione del documento, senza che siano possibili considerazioni sulla meritevolezza dell'interesse sotteso alla richiesta, e quindi si costituirebbero solo diritti soggettivi, che avrebbero dovuto far propendere per la devoluzione delle controversie al giudice ordinario³⁸.

Ma non solo. Vi è stato anche chi³⁹ ha inquadrato l'accesso civico semplice di cui all'art. 5 d.lgs. n. 33 del 2013 nei diritti pubblici di libertà da cui discenderebbe, ai sensi dell'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ancora vigente, che è il giudice ordinario competente a garantirne la protezione. Si sostiene, inoltre, che, poiché nelle ipotesi di accesso civico semplice si tratta solo di verificare, quanto agli atti e documenti di obbligatoria pubblicazione, che non vi sia una violazione di interessi sensibili, e tale verifica non si traduce in una attività provvedimentoale in senso stretto, ma piuttosto di mero accertamento costitutivo, di carattere vincolato a fronte della quale sorgerebbero solo diritti soggettivi e non interessi legittimi, la giurisdizione esclusiva non potrebbe trovare fondamento, sempre alla luce delle previsioni della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

A fronte di queste interessanti ricostruzioni, si possono svolgere alcune riflessioni, certamente non definitive, in considerazione della fluidità e complessità della materia.

Preliminarmente va ricordato che, a partire dalla sentenza n. 140 del 2007⁴⁰, la Corte costituzionale ha affermato che il giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva dispone ormai di tutti gli strumenti per dare adeguata protezione a posizioni di diritto soggettivo, anche nelle ipotesi dei diritti a protezione rinforzata, nei quali volendo si potrebbe includere anche la trasparenza⁴¹. La Corte

³⁷ Cfr. M. MAGRI, op. cit.. Secondo l'A. la disposizione in realtà avrebbe dovuto essere formulata in modo da limitarsi alle sole controversie in cui l'amministrazione agisce come autorità.

³⁸ Sul punto si veda M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali*, cit., 153.

³⁹ G. CUMIN, *Il "nuovo" diritto di accesso, con particolare riguardo alla giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2013.

⁴⁰ Corte cost., 18 aprile 2007, n. 140, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴¹ Sul punto, da ultimo, cfr. M. NOCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

costituzionale⁴², inoltre, non ha escluso che il giudice in specifiche controversie ricomprese nell'ambito della giurisdizione esclusiva possa conoscere soltanto di diritti soggettivi purché nella materia nel suo complesso, al cui interno si colloca la singola controversia, si rinvenga una qualche forma di esercizio del potere. In realtà la materia “diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa” è complessivamente pervasa da ampi ambiti ove l'autorità esercita poteri autoritativi, a nulla rilevando, dunque, che ciò non si verifichi in alcune singole controversie afferenti alla materia stessa⁴³. Senza contare che mentre è certo che all'esercizio di poteri discrezionali della pubblica amministrazione possono contrapporsi solo interessi legittimi, lo stesso non può dirsi per l'esercizio di attività vincolata, a fronte della quale non necessariamente si costituiscono sempre e solo diritti soggettivi⁴⁴. In particolare, se l'attività vincolata è esercitata a tutela di un interesse pubblico, la trasparenza amministrativa, la posizione che si consolida potrebbe risultare, in effetti, di interesse legittimo.

Va considerato, inoltre, che nella prassi potrebbe accadere che nell'istanza rivolta al giudice amministrativo si richieda in via principale l'accesso documentale e, in via subordinata, quello civico, semplice o generalizzato, pertanto la possibile frammentazione della giurisdizione, cui si perverrebbe applicando le tesi in discussione, si porrebbe in contrasto con il principio della concentrazione della tutela e più in generale con quello dell'effettività della tutela.

Non va infine dimenticato che la giurisdizione esclusiva si giustifica anche solo per la persistente difficoltà a inquadrare in modo definitivo e incontestato l'accesso nella categoria dei diritti soggettivi.

Come noto l'effettiva natura del “diritto” di accesso classico (documentale) è stata a varie riprese analizzata dalla giurisprudenza amministrativa, anche perché non scevra di rilevanti ripercussioni sul piano applicativo. Peraltro, gli stessi problemi qualificatori, oggi, si potrebbero riproporre per l'accesso civico, semplice e generalizzato. Le incertezze sono alimentate dal fatto che non solo il legislatore qualifica l'accesso come un diritto (soggettivo), anzi fa di più all'art. 22, c. 1 l. n. 241 del 1990 lo include nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'articolo 117, c. 2, lett. m) della Costituzione, ma anche dalla natura quasi sempre vincolata dei poteri rimessi all'amministrazione in sede di esame dell'istanza di accesso, limitati alla sola ricognizione della sussistenza dei presupposti di legge e dell'assenza di elementi ostativi all'accesso. Al contempo però il legislatore riconosce all'amministrazione

⁴² Cfr. Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *www.cortecostituzionale.it*. La Corte di cassazione, da ultimo, Cass., SS.UU., 21 settembre 2017, n. 21976, dal canto suo continua a sostenere che non ogni controversia concernente le materie oggetto di giurisdizione esclusiva rientra “*ipso facto*” nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma solo quelle controversie che abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi, espressione di poteri pubblici.

⁴³ Cfr. F.G. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. Cost.*, 2010, 440-441.

⁴⁴ Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018, 62-63.

il potere di differire o escludere l'accesso con un certo margine di discrezionalità, profilo questo che potrebbe fondare una ricostruzione della posizione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo.

2.2.1. Un giudizio ibrido

Il legislatore, ed è il profilo di maggior interesse per la nostra analisi, nell'art 116 c.p.a., configura il giudizio sull'accesso, in considerazione della sua forma esteriore, come un giudizio di impugnazione, lo conferma l'onere di notifica ad almeno un controinteressato⁴⁵ - con conseguente inammissibilità del ricorso nell'ipotesi in cui tale notifica non sia avvenuta - per dare massima tutela all'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche collegate ai principi di pubblicità e trasparenza, tanto è vero che il diniego espresso o tacito di accesso va impugnato in un termine decadenziale, secondo la costante giurisprudenza amministrativa⁴⁶. Nonostante questo "involucro", proprio della protezione degli interessi legittimi, l'art. 116 c.p.a. riconosce al giudice ampi poteri di accertamento e condanna, al punto che quest'ultimo non si limita ad annullare l'eventuale atto di diniego illegittimo sulla base dei motivi rilevati dal ricorrente, ma prescindendo da questi, d'ufficio, si pronuncia sulla spettanza del diritto, proprio come avviene nelle ipotesi di tutela di diritti soggettivi.

Questa fluidità di modelli è puntualmente percepita anche dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁴⁷, la quale, dopo alterne vicende⁴⁸, ha proposto una soluzione intermedia fondata sulla strumentalità del diritto di accesso, il quale assicurerebbe poteri di natura procedimentale, volti alla tutela di un interesse finale giuridicamente rilevante, sia esso un diritto soggettivo⁴⁹, o un interesse legittimo⁵⁰ e, comunque, a prescindere dalla sua natura, esige in ogni caso la notifica ad almeno un terzo controinteressato, a tutela della possibile lesione del diritto alla riservatezza di questi. La ricostruzione

⁴⁵ Sulla nozione di controinteressato cfr. Cons. St., Sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614; Id. Sez. III, 31 ottobre 2017 n. 5038 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 5 dicembre 2017 n. 11988, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Cfr. Cons St, Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ La pronuncia del Cons. St., Ad. plen., n. 6/2006, cit. che non ha risolto il tema della natura del "diritto" di accesso, limitandosi a prevedere la non reiterabilità della domanda di accesso, in assenza di fatti nuovi.

⁴⁸ Per un'attenta descrizione delle quali, oltre alla bibliografia, si rinvia a N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, 2014, Napoli, Ed. Scientifiche, 597.

⁴⁹ Sulla natura dell'accesso come diritto soggettivo, *ex multis*, cfr. Cons. St., Sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4261; Id., Sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 201; Id., Sez. VI, 12 gennaio 2011, n. 117 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 21 gennaio 2013 n. 24 e T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 29 gennaio 2018, n. 118, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, cfr. M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1996, 430 e F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 257 ss..

⁵⁰ In giurisprudenza, cfr. Cons. St., Ad. plen., 24 giugno 1999, n. 16, e Id., Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 6294, in www.giustizia-amministrativa.it.

Per una esauriente e puntuale descrizione dell'evolversi della giurisprudenza sul punto, per tutti, cfr. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 595.

dogmatica del “diritto” di accesso alla fine poco rileva secondo il Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sul regime processuale, basato su un rito accelerato, che per sua natura mal si concilierebbe con termini di carattere prescrizioneale, caratterizzato dalla presenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e dalla natura decadenziale del termine entro cui impugnare il rigetto espresso o tacito della richiesta d’accesso. Peraltro, la perentorietà del termine è considerata dalla giurisprudenza compatibile anche inquadrando il diritto di accesso tra i diritti soggettivi e con la previsione della giurisdizione esclusiva⁵¹.

La giurisprudenza, pur tendendo a sorvolare sulla natura sostanziale dell’accesso, sembra per lo più incline a inquadrare l’accesso tra i diritti soggettivi e a considerare comunque “naturale” o ineluttabile la convivenza di caratteri contraddittori nel giudizio sull’accesso, anche perché vengono poi a stemperarsi proprio nell’ambito della previsione della giurisdizione esclusiva. Non ammette, tuttavia, in assenza di fatti nuovi, sopravvenuti o anche solo successivamente conosciuti, non prospettati nell’istanza originaria, oppure in presenza di una differente rappresentazione dell’interesse giuridicamente rilevante che legittima l’accesso, la reiterazione della domanda di accesso⁵². Vi è tuttavia un’eccezione: che sussista un errore scusabile, indotto magari dal comportamento della p.a. stessa che in sede di contraddittorio procedimentale non abbia identificato alcun controinteressato, comportamento che comunque non vincolerebbe il giudice, il quale, d’ufficio ben potrebbe chiedere l’integrazione del contraddittorio⁵³. La giurisprudenza attribuisce, infatti, valore decadenziale al termine di impugnazione di 30 giorni, di cui all’art. 116 c.p.a., ma al contempo, come già si diceva, ammette che il giudizio sull’accesso abbia per oggetto non tanto il provvedimento stesso di diniego (o differimento) quanto la spettanza del diritto stesso, anche per motivi del tutto diversi da quelli evidenziati dal ricorrente⁵⁴. Si è andato così costruendo un giudizio impugnatorio, volto a proteggere contestualmente l’interesse del legittimato attivo e passivo, funzionale ad introdurre un giudizio di accertamento⁵⁵, decisamente spurio nel suo contrasto tra forma e

⁵¹ Cfr. N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 615. Cfr. Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1113; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 23 ottobre 2013, n. 9127 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 24/2013, cit.. Si leggono tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² Cfr. Cons. St., n. 1113/2015, cit.; Id., Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4912 e T.A.R. Lazio, Roma, 21 ottobre 2014, n. 10552, tutte pubblicate in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵³ Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 12 maggio 2016, n. 1285, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ Sulla possibilità del giudice di riconoscere la spettanza del diritto di accesso a prescindere dai motivi sollevati nel ricorso, cfr. Cons. St., Sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5569 e da ultimo T.A.R. Puglia, Bari, n. 118/2018, cit., in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁵ Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 1 febbraio 2017, n. 176; Cons. St., Sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1162; Id. Sez. V, 27 maggio 2011, n. 3190 e Id., n. 117/2011, cit., tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

sostanza⁵⁶ che si conclude, sussistendone i presupposti, con la condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico: l'esibizione dei documenti richiesti, e/o della pubblicazione di atti, documenti, ecc...

A dimostrazione della natura ibrida del giudizio che si instaura nelle controversie sull'accesso, va rilevato che non si versa in una ipotesi di giudizio di accertamento "puro" a tutela di un diritto soggettivo, nell'ambito del quale non potrebbe escludersi l'applicazione dell'art. 102 c.p.c., ossia l'integrazione del contraddittorio secondo i canoni processualcivilistici, e dovrebbe ammettersi la reiterazione della domanda anche in assenza di fatti nuovi, eventualità smentite dalla giurisprudenza. Nell'art. 116 c.p.a. si richiama espressamente l'art. 49 c.p.a., dunque, nell'ipotesi di difetto assoluto di notifica ad almeno un controinteressato il giudice amministrativo deve attenersi ai soli principi del processo amministrativo, non potendo applicare quelli processualcivilistici per l'integrazione successiva del contraddittorio.

Nella sua applicazione giurisprudenziale, l'art. 116 c.p.a. riserva al giudice amministrativo rilevanti poteri di accertamento⁵⁷, permettendo a quest'ultimo di prescindere dalla fondatezza delle ragioni addotte dall'amministrazione, e di valutare d'ufficio, ben al di là dei motivi evidenziati nel ricorso, se vi siano i presupposti previsti dalla legge per l'accesso⁵⁸, ammettendo l'integrazione della motivazione in corso di giudizio⁵⁹, proprio perché l'azione è volta ad accertare l'esistenza di un diritto nell'ambito della giurisdizione esclusiva⁶⁰, pur con le peculiarità già evidenziate.

Non può non rilevarsi che in questa commistione di caratteri impugnatori e di accertamento puro presenti nel giudizio sull'accesso, la natura dispositiva del processo amministrativo, fondato sul principio della domanda, tende a sfumare in un giudizio dai tratti inquisitori propri di una giurisdizione oggettiva, non conforme ai principi della Carta costituzionale.

3. Art. 116 c.p.a. e poteri del giudice amministrativo

L'art. 116 c.p.a.⁶¹, come già si diceva, ha introdotto un rito "*ad hoc*" per la tutela del diritto di accesso ai documenti amministrativi davanti al giudice amministrativo, in precedenza previsto nell'art. 25. c. 5 della l. n. 241 del 1990. Oltre all'art. 116 c.p.a., sul piano giurisdizionale, trovano applicazione gli artt. 23, 87 e

⁵⁶ Cfr. A. SIMONATI, e M. CALABRÒ, *Le modalità di esercizio cit.*, 1377 e V. PARISIO, *Il rito processuale in materia di accesso ai documenti amministrativi: un giudizio di accertamento introdotto da un giudizio di impugnazione*, in A.A. V.V., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, 2013, Napoli, Ed. Scientifiche, 343-359.

⁵⁷ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, n. 2587/2014, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, n. 3976/2017, cit., T.A.R. Firenze, n. 176/2017, cit.; Cons. St., n. 1162/2012, cit.; Id., n. 3190/2011, cit. e Id., n. 117/2011, cit..

⁵⁸ Cfr. Cons. St., n. 201/2012, cit. e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 29 maggio 2015, n. 3003 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 24/2013, cit., tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁹ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 2 dicembre 2012, n. 26573; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 16 gennaio 2012, n. 25, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁰ Si legga Cons. St., Sez. V, 14 settembre 2010, n. 6696 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶¹ Sull'art. 116 c.p.a., sia permesso il rinvio a V. PARISIO, *Il rito processuale in materia di accesso*, cit., 343-359.

133 c.p.a.. Le tre tipologie sopra descritte, sebbene diverse nei presupposti e nelle finalità, da cui comunque il giudice non potrà mai prescindere, come già accennato, sono ricondotte, quanto a tutela, all'applicazione del medesimo rito processuale.

Tale rito, se comparato con quello ordinario, evidenzia indubbi caratteri di specialità⁶², in primo luogo, sotto il profilo della semplificazione, nella previsione del rito camerale, nella “discutibile” possibilità di difesa personale in giudizio e nella sentenza in forma semplificata. In secondo luogo, sotto quello dell’accelerazione, ossia: il termine (dimezzato) di trenta giorni per la notificazione, quello, ugualmente dimezzato, di quindici giorni per il deposito del ricorso, decorrenti dalla data di perfezionamento della notificazione per il destinatario⁶³. Tuttavia, come evidenziato da attenta dottrina⁶⁴, il legislatore ha scelto di immobilizzare il rito di cui all’art. 116 c.p.a. in una uniformità non influenzata né influenzabile dalle specifiche diversità settoriali, con il rischio che eventuali lungaggini nell’ambito dell’applicazione del rito speciale si ripercuotano poi sulla tutela più ampia, accelerata prevista per specifiche materie (artt. 119-120 c.p.a.).

Il legislatore ha riproposto la normativa previgente, senza grandi cambiamenti⁶⁵, adattandola alla giurisprudenza sino a quel momento sedimentatasi, per delineare un rito “*ad hoc*”, in considerazione della posizione di assoluta centralità che nel nostro sistema giuridico, a partire dalla l. n. 241 del 1990, occupano il diritto di accesso, l’accesso civico e l’accesso generalizzato, considerati strumenti fondamentali per realizzare la trasparenza nell’azione della p.a..

La disposizione appena citata contempla unicamente le modalità di svolgimento del rito processuale rimanendo esclusa l’eventuale fase di contenzioso giustiziale, disciplinata nell’art. 25 c. 4 della l. n. 241 del 1990, che si svolge, per gli atti adottati dagli enti territoriali davanti al difensore civico competente per territorio, mentre per quelli delle amministrazioni centrali e/o soggetti equiparati davanti alla “Commissione per l’accesso”. L’opzione per la via giustiziale-amministrativa, agevolata dalla circostanza che per il tempo occorrente alla decisione in via amministrativa restano sospesi i termini per il ricorso giurisdizionale, che riprenderanno a decorrere al ricevimento dell’esito dell’istanza presentata al difensore civico o alla “Commissione centrale per l’accesso”, può essere esercitata unicamente dal richiedente l’accesso e non anche dal controinteressato, il quale dunque potrà utilizzare il solo rimedio

⁶² Sul punto cfr. C. MIGNONE, P.M. VIPIANA, *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2012, 265.

⁶³ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 31 maggio 2016, n. 1116, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁴ E.M. MARENGHI, *Il rito speciale dell’accesso tra differenziazione processuale e indifferenziazione materiale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 2-3, 689 ss..

⁶⁵ Cfr. A. SIMONATI, e M. CALABRÒ, *Le modalità di esercizio* cit., 1376.

giurisdizionale⁶⁶ anche per contestare le decisioni del difensore civico e/o della “Commissione per l’accesso”⁶⁷.

In tema di accesso civico, semplificato e generalizzato, è prevista, in via facoltativa, una fase amministrativa davanti al responsabile per la corruzione e la trasparenza (RPCT) nonché al difensore civico per gli atti degli enti territoriali. L’art. 116 c.p.a. si occupa unicamente dei profili processuali, tuttavia la sua applicazione non può prescindere da quella della disciplina sostanziale del diritto di accesso classico e civico, soprattutto in relazione all’oggetto dell’accesso, ai casi di esclusione, alle ipotesi di differimento, all’individuazione dei legittimati attivi⁶⁸ e passivi, nonché dei controinteressati. Normativa sostanziale e processuale sono dunque destinate ad integrarsi ed illuminarsi vicendevolmente, anche se poi gli istituti a livello sostanziale presentano caratteri che vengono rielaborati sul piano processuale, come nell’ipotesi dei controinteressati, come si dirà a brevissimo.

L’art. 116 c.p.a. stabilisce che nei confronti delle determinazioni⁶⁹ o del silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all’inadempimento degli obblighi di trasparenza, si propone ricorso (al giudice amministrativo) entro il termine di trenta giorni, non espressamente qualificato, ma ritenuto pacificamente perentorio fin dalle prime applicazioni dell’art. 25 della l. n. 241 del 1990⁷⁰, decorrente dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all’amministrazione interessata e ad almeno un controinteressato⁷¹. La giurisprudenza, elaborando la nozione sostanziale, ha precisato che ai fini della qualifica di un soggetto come controinteressato non è sufficiente che un soggetto venga chiamato in causa dal documento richiesto, ma in capo a tale soggetto si deve rinvenire un “*quid pluris*”, ossia la titolarità di un diritto alla riservatezza sui dati racchiusi nel documento stesso, poiché in materia di accesso

⁶⁶ Sul punto cfr. R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, Giuffrè, 2012, 582.

⁶⁷ Sul punto cfr. il commento all’art. 116 di S. MORELLI, in E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo - d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 - Commento articolo per articolo*, Torino, 2010, 223 ss..

⁶⁸ Da ultimo, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, n. 3287/2016, cit., dove si fa il punto sulla nozione di legittimati attivi, passivi all’accesso, già in precedenza ben delineati nella sentenza del Cons. St., Ad. plen., n. 7 del 2012, nelle ipotesi di accesso “classico” e civico, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁹ Sulla nozione di “determinazioni” di cui all’art. 116, c. 1 c.p.a., cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16 maggio 2014 n. 1111, ove si legge “*omissis*...l’art. 116 cod. proc. amm. utilizza il termine “determinazioni” per indicare il diniego, l’accoglimento o il differimento delle istanze di accesso. La differenza non è casuale, perché il termine provvedimento si riferisce propriamente alle controversie che hanno ad oggetto atti che esprimono l’esercizio di un potere amministrativo, laddove l’eventuale determinazione sull’accesso è priva di un contenuto strettamente provvedimentale; la stessa è, infatti, di per sé inidonea ad incidere su posizioni giuridiche soggettive ma presenta, semmai, valenza lesiva di situazioni strumentali alla tutela delle predette posizioni ..*omissis*”. Inoltre, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 31 ottobre 2011, n. 8314, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁰ Sulla natura decadenziale del termine, oltre alle sentenze del Cons. St., Ad. plen., n. 6 e n. 7 del 2006, si legga T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 19 dicembre 2012, n. 1239. *Contra* Id., Sez. I, 26 marzo 2012, n. 330, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1 marzo 2012, n. 2127, in www.giustizia-amministrativa.it.

il ruolo di controinteressato rappresenta la proiezione del valore della riservatezza e non unicamente la oggettiva riferibilità di un dato alla sfera di un determinato soggetto⁷².

L'art. 116 c.p.a., nel primo comma, richiama l'art. 49 c.p.a. - ma curiosamente non l'art. 41 c.p.a., come ci si sarebbe aspettati - : si applicheranno pertanto le disposizioni ivi previste in tema di integrazione del contraddittorio nel processo amministrativo. Inoltre, sempre nel primo comma, si precisa - precisazione introdotta dal primo correttivo del c.p.a. - che è del pari di trenta giorni il termine per la proposizione del ricorso incidentale e/o dei motivi aggiunti, fugando così i dubbi che erano sorti nelle prime applicazioni della disposizione.

Il rito accelerato non preclude la richiesta di misure cautelari monocratiche e di quelle “*ante causam*”, nonostante si svolga già di per sé in tempi contratti⁷³, in quanto nei riti di cui al Capo IV del c.p.a., per quanto non espressamente disciplinato, trova applicazione la disciplina del giudizio ordinario. Peraltro, non si potrebbe privare il ricorrente di un rimedio cautelare se ciò non fosse espressamente previsto dal legislatore, anche perché è in gioco il principio dell'effettività della tutela che permea tutto il codice del processo amministrativo. Tuttavia, la celerità del rito potrebbe rendere problematica la motivazione dell'istanza cautelare sotto il profilo della necessità e dell'urgenza, quantomeno nelle ipotesi in cui il richiedente la misura cautelare sia l'aspirante accedente e non il controinteressato la cui riservatezza potrebbe essere pregiudicata dall'ostensione dei documenti.

L'art. 116 c.p.a. nulla precisa circa i rapporti tra giudizio sull'accesso e risarcimento del danno derivante da illegittimo diniego di ostensione o, viceversa, da illegittima esibizione di documenti. La giurisprudenza ha escluso, salvo alcune isolate ma interessanti pronunce⁷⁴, la possibilità che tale rito trovi applicazione, proprio in ragione della sua struttura semplificata e accelerata, che non permette l'introduzione di domande diverse⁷⁵. Alla luce dell'art. 32 c.p.a., nel quale si stabilisce che azioni soggette a riti diversi, ma connesse, sono ricondotte al rito ordinario, toccherà al giudice decidere se applicare quest'ultimo, oppure

⁷² *Ex multis*, cfr. Cons. St., Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4308, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷³ Cfr. B. RINALDI, *La razionalizzazione del rito speciale in materia di accesso*, in *Nuovo processo amministrativo, L'Amministrativista, Officina del Diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, 530.

⁷⁴ Si allude a T.A.R., Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 14 febbraio 2013, n. 102, in www.giustizia-amministrativa.it ove si sostiene che nelle (sole) ipotesi in cui venga rigettata l'impugnativa avverso il diniego di ostensione, oppure, a fronte del dedotto silenzio, venga comunque esclusa la sussistenza di un diritto alla conoscenza degli atti, poiché tale statuizione è logicamente e immediatamente interferente, in termini negativi, sulla domanda risarcitoria, il giudice amministrativo ben potrebbe decidere congiuntamente in camera di consiglio l'impugnativa sull'accesso e sul risarcimento del danno, in quanto sarebbe contrario al principio di economicità, rinviare la decisione sul risarcimento, fissando un'udienza pubblica *ad hoc*, il cui esito è già comunque condizionato dalla decisione sulla domanda principale. Si leggano anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1809; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 8 gennaio 2013 n. 114 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 26 novembre 2012, n. 505, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵ Cfr. Cons. St., Sez. V, 29 marzo 2011, n. 1927; T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 18 febbraio 2013, n. 80; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 4 ottobre 2011, n. 2388, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

se utilizzare prima il rito speciale per il (solo) ricorso in tema di accesso e poi, una volta terminato il primo, il rito ordinario per la domanda di risarcimento del danno, così come stabilito per le ipotesi dei ricorsi avverso il silenzio, dall'art. 117 c. 6 c.p.a., previsione però, curiosamente, non espressamente riproposta per l'accesso.

In assenza di contrarie indicazioni legislative, il rito speciale a tutela dell'accesso gode della sospensione feriale dei termini, istituto di carattere generale diretto alla migliore realizzazione del principio costituzionale di difesa che può incontrare eccezioni solo in ipotesi tassativamente indicate⁷⁶.

Per espressa indicazione del quinto comma dell'art. 116 c.p.a., il rito per l'accesso troverà applicazione anche in secondo grado, oltre che nel giudizio di opposizione di terzo e di revocazione.

Legittimati passivi, ai sensi dell'art. 23 della l. n. 241 del 1990, categoria che si è andata sempre più espandendo negli ultimi anni, saranno invece l'amministrazione - *rectius* le amministrazioni - le "aziende autonome", gli "enti pubblici", i "concessionari di pubblici servizi", che hanno negato l'accesso o sono rimasti silenti o hanno illegittimamente concesso l'accesso e/o non hanno adempiuto agli obblighi di trasparenza loro incombenti ai sensi del d.lgs. n. 33 del 2013.

Nel primo comma dell'art. 116 c.p.a. il silenzio sulla richiesta di accesso non è qualificato, a differenza di quanto avviene nell'art. 25 c. 5 della l. n. 241 del 1990, ove si contempla un'ipotesi di silenzio-diniego, infatti si prevede che "decorsi trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta". La giurisprudenza, tende a riproporre l'esito della precedente giurisprudenza consolidatasi sulle previsioni dell'art. 25 c. 5 della l. n. 241 del 1990, con tutte le conseguenze del caso, che si evidenzieranno a breve.

3.1. I poteri di accertamento e condanna del giudice tra accelerazioni e semplificazioni

Nel secondo comma dell'art. 116 c.p.a., a riprova delle preminenti esigenze di semplificazione e accelerazione che permeano il rito, si disciplina l'accesso incidentale⁷⁷ e si ammette che, in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso contro le determinazioni in materia di accesso o contro il silenzio possa essere presentato con apposita istanza presso la segreteria del giudice ove pende il giudizio principale, dopo aver provveduto alla notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'interessato che volesse proporre accesso incidentale dovrà dimostrarne la rilevanza istruttoria ai fini della causa in corso, quantomeno fornendo, ai sensi dell'art. 64 c.p.a., un principio di prova. L'istanza citata non costituisce tecnicamente una nuova domanda e viene decisa con apposita ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 617.

⁷⁷ Sull'accesso incidentale si rinvia a N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 617 ss..

⁷⁸ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5765, in www.giustizia-amministrativa.it.

Curiosamente, nel secondo comma, è rimasta l'espressione "eventuali controinteressati", sostituita invece nel primo comma, da "almeno un controinteressato".

La giurisprudenza si è orientata a riconoscere carattere decisorio, e dunque immediata impugnabilità, alle ordinanze nelle quali si escluda l'accessibilità sulla sola base della mancanza dei presupposti per esercitare l'accesso⁷⁹, prescindendo dall'analisi della pertinenza della documentazione alla causa pendente; mentre ha attribuito natura istruttoria, escludendone l'impugnabilità, alle ordinanze nelle quali ci si pronunci unicamente su tale pertinenza⁸⁰.

L'interessato⁸¹ ha, dunque, la possibilità di scegliere tra la proposizione del ricorso a tutela dell'accesso in via incidentale oppure in via autonoma⁸².

Nel terzo comma dell'art. 116 c.p.a. si precisa che l'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato⁸³, previsione da integrare con l'art. 23 c.p.a. ove si stabilisce che nel giudizio in materia di accesso e di trasparenza amministrativa, le parti possono stare in giudizio senza l'assistenza del difensore, in considerazione della (erroneamente) supposta semplicità del rito. La circostanza che l'amministrazione statale possa difendersi in giudizio a mezzo dei propri funzionari non modifica le usuali regole di notificazione del ricorso all'Avvocatura dello Stato, qualora si debba impugnare un provvedimento adottato da un'autorità statale⁸⁴. In secondo grado, alla luce dell'art. 95 u.c. c.p.a., che preclude l'applicazione dell'art. 23 c.p.a. ai giudizi di impugnazione, per la difesa delle parti sarà necessario l'intervento di un difensore munito di procura speciale per il patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori⁸⁵.

⁷⁹ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 26 novembre 2014, n. 5850 e Id., Sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁰ Cfr. Cons. St., Sez. V, 25 giugno 2010, n. 4068, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸¹ Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, ordinanza 26 maggio 2017, n. 512, in *www.giustizia-amministrativa.it*. ove si afferma che spetta solo al ricorrente nel giudizio principale (e/o in ogni caso a colui che non abbia presentato nell'ambito del ricorso principale neppure un ricorso incidentale o una domanda riconvenzionale) azionare la tutela del diritto di accesso incidentale, ai sensi dell'art. 116 c. 2 c.p.a., attesa la finalità istruttoria di tale strumento processuale, che presenta natura strumentale rispetto ad un'azione già incardinata.

⁸² Secondo parte della giurisprudenza, l'opzione tra accesso incidentale o autonomo spetta unicamente all'interessato e, dunque, il giudice non può sovrapporvi la propria valutazione, il tutto, in deroga alle previsioni dell'art. 32 c.p.a., cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 527. Sui rapporti tra ricorso incidentale e autonomo, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 14 gennaio 2012, n. 356 e Id., 8 luglio 2011, n. 6064, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸³ Nelle versioni precedenti al 2005 dell'art. 25 c. 5 l. n. 241 del 1990 la difesa in giudizio dell'amministrazione poteva essere attribuita unicamente a un dirigente.

⁸⁴ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 23 giugno 2015, n. 3178; *contra* Id., Sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5636, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁵ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 2017, n. 2394 e Id., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6015, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Nel quarto comma dell'art. 116 c.p.a. si stabilisce che il giudice decide con sentenza in forma semplificata – se non dispone con ordinanza ai sensi dell'art. 116 c. 2 - come vuole del resto il rito camerale e, dunque, ai sensi dell'art. 74 c.p.a., con una sentenza nella quale la motivazione risulta espressa in modo sintetico, attraverso riferimenti al solo punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo o a un precedente conforme. Tale giudizio, non serve domanda di fissazione di udienza, verrà trattato in camera di consiglio alla prima udienza utile successiva allo scadere del trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intime; nella camera di consiglio sono sentiti i difensori che ne facciano richiesta. Dal dimezzamento dei termini stabilito nell'art. 87 c.p.a. sono esclusi la proposizione del ricorso introduttivo, di quello incidentale e di quello per motivi aggiunti, che, come già puntualizzato, sono in ogni caso già dimezzati rispetto al rito ordinario, mentre rimangono dimezzati tutti gli altri termini processuali (ad esempio per deposito documenti, memorie, ecc...).

Ai sensi dell'art. 116 c. 4 c.p.a., modificato dall'art. 52, c. 4 lett. e) del d.lgs. n. 33 del 2013, sussistendone i presupposti, il giudice ordina l'esibizione e, ove previsto, anche la pubblicazione dei documenti richiesti⁸⁶; mentre nell'ipotesi di cui all'art. 5 c. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 ordinerà la pubblicazione di documenti, dati, informazioni, sottoposti ad obbligatoria pubblicazione, dalla quale sono esclusi in particolare i dati “sensibilissimi” – quali quelli idonei a svelare lo stato di salute, gli orientamenti sessuali di un individuo ecc... - sul sito istituzionale dell'amministrazione entro un termine di norma non superiore a trenta giorni, stabilendone, ove necessario, anche le relative modalità. Il giudice risulta munito di ampi poteri cognitivi, infatti, perviene a dettare, ove necessario, anche le modalità concrete con le quali i documenti debbono essere esibiti. Sorge spontaneo l'interrogativo circa la sussistenza di eventuali limiti che il giudice possa incontrare nell'ordinare all'amministrazione tali specifiche modalità, in considerazione dei profili squisitamente discrezionali presenti nell'organizzazione interna degli apparati amministrativi. E' evidente che l'autorità giurisdizionale dovrà limitarsi a prescrizioni che in nessun modo interferiscano con l'organizzazione dell'apparato amministrativo, diversamente si potrebbe verificare un'illegittima sostituzione del giudice all'amministrazione nell'esercizio di poteri non ancora esercitati, in violazione dell'art. 34 c.p.a.⁸⁷. A riprova di ciò, va notato che il legislatore non ha previsto un'ipotesi di giurisdizione estesa al merito, come dimostra l'elenco tassativo contenuto nell'art. 134 c.p.a. dove, in effetti, non compaiono le controversie in materia di accesso. L'amministrazione a sua volta deve limitarsi a garantire l'attività materiale necessaria per consentire l'accesso, non potendo frapporre valutazioni autonome, discrezionali sull'ostensione o la mancata ostensione, una volta che il giudice si sia pronunciato⁸⁸. Nei

⁸⁶ Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, n. 834/2017, cit..

⁸⁷ Cfr. M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati*, cit., 158.

⁸⁸ Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, XII ed. riv., 2018, 351.

confronti della sentenza che conclude il giudizio sull'accesso è possibile esperire il rimedio dell'ottemperanza⁸⁹.

4. Diritti di accesso e azione popolare

Sulla base della lettura fornita dalla giurisprudenza, e anche con particolare riferimento alle modifiche introdotte nel 2005 si è sempre escluso che nel nostro ordinamento l'accesso documentale di cui agli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990 avesse introdotto un'azione popolare⁹⁰.

Sul piano processuale quest'ultima si concretizza nel riconoscimento di una legittimazione diffusa, in contrasto con il principio della personalità dell'interesse e, dunque, circoscritta a ipotesi tassativamente indicate nell'ordinamento⁹¹. Il nostro sistema di tutela giurisdizionale amministrativa, infatti, è forgiato in modo da non consentire l'accesso al giudice al solo fine di difesa dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa, mentre lo ammette laddove esso si concretizzi in uno specifico beneficio a favore di chi propone l'azione⁹².

L'azione popolare, nei rari casi in cui è prevista nel nostro ordinamento, di norma assume due diverse configurazioni: quella dell'azione sostitutiva, esercitata da un soggetto a ciò legittimato sulla base della sua appartenenza a un determinato gruppo o collettività (*uti civis*) e consiste in una sostituzione processuale volta a far valere da parte dell'attore nei confronti di un terzo un diritto rientrante nella sfera giuridica del soggetto rappresentato, e quella correttiva, diretta contro la pubblica amministrazione per correggere situazioni di illegittimità da questa poste in essere, con la quale si fanno valere interessi pubblici diffusi.

La legittimazione a presentare domanda di accesso e la legittimazione a impugnare un successivo eventuale diniego o silenzio, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., sono autonome, non esattamente sovrapponibili. Infatti sussiste la legittimazione attiva a richiedere l'accesso pur in mancanza della titolarità di un interesse legittimo all'impugnazione dell'atto che si vuol conoscere, o di atti ad esso collegati, ma non quella a

⁸⁹ Cfr. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 623 e C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, VIII edizione, 2016, 292.

⁹⁰ Sulle azioni popolari, rimane fondamentale lo studio di C. MIGNONE, *Azione popolare*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Utet, vol. II, 1987, 145-150.

⁹¹ Su tali casi, si legga C. MIGNONE e P.M. VIPIANA, *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, II ed., 2013, 151-152. L'A. (VIPIANA) esclude azioni popolare atipiche nel nostro ordinamento. Tra quelle tipizzate, la più rilevante appare quella disciplinata nell'art. 9 del d.lgs. n. 267 del 2000 "*Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia*" e quella di cui all'art. 130 c. 1 lett. a) c.p.a. ove si prevede che è ammesso ricorso al T.A.R. da parte di ciascun candidato o elettore dell'ente della cui elezione si tratta contro tutti gli atti del procedimento elettorale successivi all'emanazione dei comizi. Lo stesso è previsto nella lettera b) per le elezioni dei membri del parlamento europeo.

⁹² Sul punto, cfr. Cons. St., Sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5830 e TAR Campania, Napoli, sez. VII, 5 gennaio 2017 n. 107, in www.giustizia-amministrativa.it.

ricorrere al giudice amministrativo. Ne consegue che la legittimazione spetterà, secondo i consueti criteri, al titolare di un interesse diretto, concreto, attuale e non emulativo⁹³.

Tuttavia, secondo una ricostruzione assai suggestiva, ma rimasta per la verità isolata⁹⁴, vi sarebbe la possibilità di fondare un'azione popolare nelle ipotesi di diritto di accesso documentale - ma allora *a fortiori* anche in quelle di accesso civico - sulla base del rilievo che l'art. 22 c. 1 della l. n. 241 del 1990 richiama "rilevanti finalità di pubblico interesse", dunque si sarebbe al cospetto di una finalità non disponibile e dotata di un valore intrinseco *ex se*. Ma se la finalità è di pubblico interesse verrebbe a mancare automaticamente la necessità del presupposto della sussistenza di "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento, al quale è chiesto l'accesso", previsto dall'art. 22 c. 1 della l. n. 241 del 1990. Se l'interesse è in "*re ipsa*" e quindi prescinde da uno specifico ulteriore interesse, l'azione per l'accesso diventerebbe un'azione popolare. Inoltre, sempre la stessa dottrina rileva che la giurisprudenza ha costruito un tipo di processo ibrido, dai tratti inquisitori, che spingono verso una giurisdizione di tipo oggettivo, in quanto l'atto impugnato non è altro che un semplice presupposto per l'attivazione del giudizio, perdendo qualunque rilievo sostanziale e processuale. Il giudice amministrativo, infatti, è chiamato in via diretta a verificare la fondatezza della pretesa, a prescindere dal contenuto effettivo del diniego, con la conseguenza che se l'atto di diniego fosse carente di motivazione, il giudice non potrebbe annullarlo per difetto di motivazione, ma piuttosto verificare direttamente la spettanza del diritto di accesso. In tal modo il processo amministrativo perderebbe la sua tradizionale natura dispositiva per assumere una natura inquisitiva, aprendosi verso la giurisdizione oggettiva"⁹⁵. La conseguenza di tale impostazione dovrebbe essere anche che la mancata impugnazione dell'atto non può creare alcuna preclusione, in considerazione del fatto che non si può decadere dall'esercizio di finalità di pubblico interesse.

In realtà, sebbene l'art. 7 c.p.a. abbia indicato l'esercizio del potere come oggetto della giurisdizione amministrativa, configurando il giudizio amministrativo alla stregua di un giudizio sul rapporto, e il giudizio di accertamento sulla spettanza del diritto di accesso ben si inquadrebbene in tale ambito, va rilevato che l'art. 22 presenta una formulazione dubbia, in quanto da un lato riconosce il diritto di accesso, attese le sue rilevanti finalità pubbliche, come principio generale dell'attività amministrativa, ma dall'altro, non rinuncia a precisare la necessità in capo all'accedente della titolarità di un interesse, diretto, concreto e attuale, facendo così rifluire la tutela di tale diritto in una giurisdizione di carattere soggettivo. E tale

⁹³ Cfr. Cons. St., Ad. plen., n. 7/2012 cit.; Id., n. 404/2017, cit..

⁹⁴ Cfr. S. GIACCHETTI, *Diritto di accesso, processo amministrativo, effetto Fukushima*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁵ Cfr. S. GIACCHETTI, op. cit.. Sui caratteri della giurisdizione oggettiva, anche in chiave comparata, cfr. M.A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in www.federalismi.it.

ultima previsione non può certo ignorarsi, anche se la giurisprudenza non si è poi curata troppo della natura ibrida del giudizio scaturente dall'applicazione dell'art. 116 c.p.a..

A ben vedere, però, per introdurre nel nostro ordinamento un'azione popolare, alla luce del suo carattere derogatorio rispetto ai principi su cui si fonda la giurisdizione amministrativa, sono necessarie previsioni esplicite che riconoscano inequivocabilmente una legittimazione diffusa, in deroga al principio della personalità dell'interesse, previsioni che certo non si rinvergono negli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990. Il criterio della personalità dell'interesse è invece stato espressamente superato nell'art. 5 c. 1 e c. 2 del d.lgs. n. 33 del 2013 e s.m.i., ove l'accesso civico semplice e generalizzato sono riconosciuti a “chiunque”, nella fase procedimentale. E in effetti la dottrina⁹⁶ ha ricondotto l'accesso civico all'azione popolare, di natura correttiva, limitatamente al piano procedimentale.

Ci si potrebbe chiedere se il quadro sopra delineato con riferimento all'accesso documentale muti con l'introduzione dell'accesso civico semplice e generalizzato, in rapporto ai quali la finalità, indicata dal legislatore, è di cura di un superiore interesse pubblico, del tutto svincolato dal rapporto del richiedente con l'atto.

Sorge allora l'interrogativo se la legittimazione in capo a “chiunque” fatta valere in fase procedimentale si rifletta poi nella fase processuale⁹⁷, dove altrimenti legittimato rimane unicamente colui il quale ha esercitato l'accesso⁹⁸.

La questione riecheggia il dibattito sorto tempo addietro in merito all'applicazione dell'art. 9 della l. n. 241 del 1990 con specifico riguardo alla possibilità che la facoltà di intervento nel procedimento produca *ex se* la legittimazione processuale⁹⁹.

La giurisprudenza amministrativa ha in via maggioritaria escluso che ciò avvenga¹⁰⁰ anche perché, se così non fosse, si attribuirebbe a delle disposizioni sostanziali (artt. 9 e 10) un effetto modificativo del sistema

⁹⁶ V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 4, 789 ss.. L'A. ricostruisce, sul piano sostanziale, il diritto di accesso civico come azione popolare di natura correttiva, escludendone la natura di diritto umano fondamentale.

⁹⁷ Lo esclude M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, cit.. L'A. rileva che “se chiunque può pretendere dall'amministrazione la pubblicazione delle informazioni omesse, la tutela contro l'esito negativo di questa fase, e dunque il silenzio o il diniego di accesso civico, non beneficia di analoga garanzia giurisdizionale” e dunque il ricorrente deve essere titolare di una situazione legittimante, come per l'accesso documentale.

⁹⁸ Cfr. A. SIMONATI, e M. CALABRÒ, *Le modalità di esercizio*, cit., 1320 ss. e V. TORANO, *Il diritto di accesso*, cit., 789 ss. Quest'ultimo ricostruisce, sul piano sostanziale, il diritto di accesso civico come azione popolare di natura correttiva, escludendone la natura di diritto umano fondamentale.

⁹⁹ Sul punto, anche per la bibliografia e la giurisprudenza, cfr. M. RAMAJOLI, *L'intervento nel procedimento. Commento all'art. 9 della l. 241/1990*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 606-608

¹⁰⁰ *Ex multis*, cfr. Cons. St., Sez. VI, 6 aprile 2004, n. 1872 e Id. Sez. IV, 4 settembre 1992, n. 724, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La giurisprudenza ha anche escluso che le valutazioni effettuate dall'amministrazione nella fase procedimentale possano condizionare il giudice nel momento della verifica della sussistenza della legittimazione.

processuale, mediante l'introduzione di nuove ipotesi di azione popolare. La parte della dottrina che ha prospettato, invece, una coincidenza tra legittimazione procedimentale e processuale ha fatto leva sullo stretto rapporto che si instaura tra procedimento e processo¹⁰¹, soprattutto per i soggetti portatori di interessi diffusi. Quella che invece l'ha negata¹⁰² ha evidenziato che l'interventore nel procedimento a difesa di una preesistente relazione con il bene, tutelata dall'ordinamento, basa la successiva legittimazione ad impugnare non sulla mera partecipazione al procedimento, ma su tale preesistente relazione giuridica con il bene. Viceversa, se questa relazione con il bene, protetta dall'ordinamento, mancasse, la sola partecipazione non sarebbe di per sé sufficiente a fondare la legittimazione processuale.

L'art. 116 c.p.a. al c. 1 nulla stabilisce circa la legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo: unicamente prevede che "contro le determinazioni e contro il silenzio ...il ricorso è proposto...". Non è stato modificato il sistema processuale con previsioni di legittimazione diffusa ad impugnare, come ben si sarebbe potuto.

La legittimazione a presentare domanda di accesso e la legittimazione a impugnare un successivo eventuale diniego o silenzio, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., sono autonome, non esattamente sovrapponibili: sussiste la legittimazione attiva a richiedere l'accesso pur in mancanza della titolarità di un interesse legittimo all'impugnazione dell'atto che si vuol conoscere, o di atti ad esso collegati, ma non quella a ricorrere al giudice amministrativo.

Infatti, sul piano processuale non è espressamente prevista in alcuna disposizione riferita all'accesso civico una legittimazione diffusa a impugnare. Inoltre, l'ipotesi della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 c.1 lett. a) n. 6 c.p.a. mal si rapporta a un'eventuale legittimazione diffusa, in considerazione del fatto che nell'ambito della giurisdizione esclusiva si addivene ad una cognizione in via principale dei diritti soggettivi, sia pure connessi all'esercizio di un potere. La previsione della giurisdizione esclusiva meglio si adatta all'ipotesi in cui il richiedente che faccia valere l'accesso civico sia a sua volta titolare di una posizione differenziata e qualificata¹⁰³. Peraltro, tutto ciò avvicina molto, quanto a tutela processuale, il diritto di accesso documentale a quello civico poiché comune è la scelta del modello di giurisdizione fatta dal legislatore¹⁰⁴.

Sul punto, cfr. Cons. St., Sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4343 e Id., Sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1683, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰¹ Cfr. P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, Giappichelli, 1996, 215 ss; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1980, 267.

¹⁰² R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, 1992, 182.

¹⁰³ Sul punto, cfr. M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, cit., 440.

¹⁰⁴ La proclamazione della accessibilità totale si ridurrebbe pertanto a pura apparenza cfr. M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, cit., 440. L'A. rileva comunque che "la disciplina processuale dell'accesso pur non

La giurisprudenza, pur dando vita ad un giudizio ibrido, in applicazione dell'art 116 c.p.a. ha per l'accesso documentale sempre e comunque riconosciuto che legittimato attivo è il solo soggetto che si è visto negare la richiesta di accesso in forma espressa o tacita¹⁰⁵, ossia colui che ha agito per difendere una posizione meritevole di tutela, non essendo sufficiente il generico interesse, *rectius*, l'interesse semplice o di mero fatto, del *quisque de populo* ad un controllo generalizzato sull'attività amministrativa, a tutela del buon andamento della p.a.¹⁰⁶.

Il controinteressato, ossia il soggetto la cui riservatezza potrebbe essere violata dalla ostensione del documento richiesto¹⁰⁷, una volta notiziato della richiesta di accesso, può intervenire nel procedimento, facendo valere le sue ragioni, opponendosi, e, successivamente, se comunque l'accesso viene concesso, può proporre, sussistendone gli estremi, la richiesta di risarcimento dei danni eventualmente subiti¹⁰⁸.

Si esclude, dunque, che si possa parlare di azione popolare davanti al giudice amministrativo, allo stato della legislazione vigente e della giurisprudenza consolidata.

Sul piano della tutela giurisdizionale certamente si stempera la carica innovativa dell'art. 5. (c. 1. e c. 2) del dlgs. n. 33/2013 che si sarebbe invece potuta mantenere e ampliare se il legislatore, oltre alle disposizioni sostanziali, ne avesse previste di altrettante di carattere processuale, volte appunto a riconoscere una legittimazione diffusa, introducendo espressamente e inequivocabilmente solo per questo specifico ambito un giudizio di natura "oggettiva", non condizionato dal requisito della legittimazione, soprattutto in considerazione della natura degli interessi in gioco: un superiore interesse pubblico, del tutto svincolato dal rapporto del richiedente con l'atto.

5. La tutela nei confronti del diniego e/o del silenzio nelle ipotesi di accesso civico

Il procedimento di accesso civico deve concludersi con un provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione della richiesta. Il termine viene sospeso nel caso di comunicazione dell'istanza a eventuali controinteressati, i quali entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione stessa, se del caso, possono presentare motivata opposizione alla richiesta di accesso.

potendo essere interpretata come azione popolare offre significative aperture alla tutela di diritti appartenente in modo eguale a una pluralità di soggetti".

¹⁰⁵ Cfr. Cons. St., Ad. plen., n. 7/2012, cit.. Più recentemente, si legga Id., Sez. V, 21 agosto 2017, n. 4047, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁶ Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, n. 834/2017, cit..

¹⁰⁷ Cfr. C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, VIII ed., Torino, Giappichelli, 2016, 292 ss. In giurisprudenza, cfr. Cons. St., Sez. V, 23 maggio 2012, n. 3031 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 24/2013, cit., in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁸ Cfr. A. SIMONATI, *Le modalità di esercizio*, cit., 1320 ss., la quale rileva che la tutela del controinteressato è costretta in limiti angusti.

Tale formulazione recepisce le indicazioni fornite in sede consultiva dal Consiglio di Stato¹⁰⁹.

Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013, ossia a tutti quei casi in cui il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici, elencati al c. 1 e degli interessi privati di cui al c. 2¹¹⁰. La regola generale della piena accessibilità, dunque, in concreto appare limitata dalla individuazione di interessi pubblici e privati che vanno comunque salvaguardati.

In caso di diniego espresso o di silenzio, non connotato “*ex lege*” in senso sostanziale, è riconosciuto uno speciale rimedio di natura amministrativa. Il richiedente può, non deve, rivolgersi al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT), presentando istanza di riesame¹¹¹, alla quale, entro 20 giorni il RPCT risponde adottando un provvedimento motivato¹¹², oppure nel caso delle amministrazioni regionali o degli enti locali può presentare un ricorso al Difensore civico territorialmente competente (art. 5 c. 8 del d.lgs.33/2013)¹¹³. L'amministrazione, in base al tipo di interesse che potrebbe essere violato con la *disclosure*, deve o può rifiutare l'accesso. Nel primo caso non residuano poteri discrezionali, nel secondo, invece, l'amministrazione è chiamata a una delicata operazione di bilanciamento tra gli opposti interessi, facendo applicazione dei principi di pertinenza, proporzionalità e

¹⁰⁹ Parere del Consiglio di Stato, 24 febbraio 2016, n. 515, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si era previsto che il procedimento dovesse concludersi con un provvedimento motivato, seppure sinteticamente. Si consigliava anche di omologare la procedura a quella dell'art. 25 della l. n. 241 del 1990.

¹¹⁰ Tra gli interessi privati, sono previsti la protezione dei dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza, gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto di autore e i segreti commerciali.

¹¹¹ Si tratta di una procedura interna di riesame. Tale riesame interno è previsto solo per l'accesso civico generalizzato (art. 5 c. 2 d.lgs. 33/2013), in quanto, per l'accesso civico semplice, la richiesta viene direttamente proposta al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT). Nell'accesso documentale, si stabilisce all'art. 25 c. 4 l. n. 241 del 1990 la possibilità di adire il difensore civico o la Commissione per l'accesso, dunque soggetti esterni all'amministrazione chiamata a garantire l'accesso, con la finalità, all'evidenza, di cercare di risolvere il contenzioso all'interno, senza gravare il giudice amministrativo.

¹¹² Se l'accesso è negato o differito per tutelare dati personali, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) deve interpellare il garante per la protezione dei dati personali, tenuto a pronunciarsi entro 10 giorni dalla richiesta.

¹¹³ L'art 5 c. 8 così stabilisce: “*Qualora si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Il ricorso va altresì notificato all'amministrazione interessata. Il difensore civico si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso. Se il difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento, ne informa il richiedente e lo comunica all'amministrazione competente. Se questa non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico, il termine di cui all'articolo 116 del Codice del processo amministrativo decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il difensore civico provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per la pronuncia del difensore è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni?*”

non eccedenza, e dovrà indicare le ragioni per le quali, in concreto e non in astratto, si potrebbe, con la “*disclosure*”, verificare un pregiudizio. Quest’ultimo deve connotarsi come altamente probabile, e non soltanto possibile, e nella motivazione va precisato quale degli interessi di cui ai c. 1 e c. 2 dell’art. 5 *bis* viene leso e stabilito se esiste un nesso di causalità tra la “*disclosure*” dei documenti e il verificarsi del pregiudizio¹¹⁴.

Nel primo comma dell’art. 116 c.p.a., il silenzio sulla richiesta di accesso non è qualificato in senso sostanziale, a differenza di quanto avviene nell’art. 25 c. 4 della l. n. 241 del 1990, ove si contempla un’ipotesi di silenzio-diniego, infatti si prevede che “decorsi trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta”.

La prevalente giurisprudenza, sulla scia di quella formatasi sull’art. 25 della l. n. 241 del 1990, ricostruisce il silenzio in termini sostanziali (silenzio-diniego o silenzio-rigetto)¹¹⁵, e non fattuali, con conseguenze di non poco momento. Infatti, dalla ricostruzione in termini di silenzio-diniego discende l’onere di impugnazione del silenzio nel termine decadenziale di 30 giorni, decorrente dal consolidamento del silenzio-diniego, e l’illegittimità della reiterazione della domanda di accesso in assenza di nuovi fatti¹¹⁶.

Dalla ricostruzione in termini fattuali, ossia il silenzio ricondotto a un mero presupposto processuale, invece, consegue che la p.a. non consuma il potere di pronunciarsi esplicitamente e legittimamente sull’istanza una volta decorsi i trenta giorni. L’eventuale successivo diniego basato su una motivazione espressa, in esito all’istruttoria compiuta, pertanto, non può assumere le caratteristiche dell’atto meramente confermativo di un precedente silenzio con valore legale tipico di diniego, ma costituisce atto di conferma a carattere rinnovativo, il quale modifica la realtà giuridica e riapre i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale¹¹⁷. Ma vi è di più: se il silenzio non è considerato dotato di valore sostanziale, l’istanza potrebbe essere ripresentata¹¹⁸ sino a quando perdura l’inadempimento, anche in assenza di nuovi fatti. Certo, in questa eventualità, integrandosi un’ipotesi di silenzio-rifiuto o silenzio-inadempimento, la sopravvivenza di un rito autonomo a tutela dell’accesso, separato da quello previsto in termini generali per il silenzio nell’art. 117 c.p.a. diventerebbe dubbia¹¹⁹, ma su questo ci si soffermerà a breve.

¹¹⁴ Per queste indicazioni, si legga la circolare ANAC, 28 dicembre 2016, n. 1309, cit..

¹¹⁵ Da ultimo, cfr. Cons. St., Sez. III, 23 maggio 2017, n. 2401; TAR Sardegna, Cagliari, 23 aprile 2015, n. 719 e Id. 16 aprile 2015 n. 708, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁶ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, n. 9127/2013, cit..

¹¹⁷ Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 6 dicembre 2016, n. 381; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 2 marzo 2015, n. 3442 e Id., Sezione staccata Latina, Sez. I, 3 luglio 2012, n. 532, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 7 novembre 2013, n. 839, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁹ Cfr. T.A.R. Latina, n. 839/2013, cit..

Come si diceva, solo nell'ipotesi dell'accesso documentale, classico, il silenzio viene espressamente equiparato dalla legge a un provvedimento di diniego, mentre per le ipotesi di accesso civico nulla viene codificato. Nella versione dell'articolato sottoposta al Consiglio di Stato per il prescritto parere, era invece previsto come modalità di conclusione del procedimento unicamente un silenzio con valore di rigetto, impugnabile con ricorso davanti al T.A.R.. Nel recepimento delle indicazioni della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, parere del 24 febbraio 2016 n. 515¹²⁰ nella versione della disposizione poi divenuta definitiva si è preferito stabilire solamente che il procedimento si conclude con un provvedimento espresso e motivato, glissando sull' ipotesi, non così irrealizzabile, di un eventuale silenzio che si potesse comunque verificare.

Secondo i principi generali, in assenza di qualificazioni normative il silenzio assume il valore di silenzio-inadempimento e questo ha spinto la prima giurisprudenza che si va formando sul punto¹²¹ a chiedersi se

¹²⁰ Il Consiglio di Stato nel parere già cit. n. 515/2016, a fronte della (sola) previsione di un'ipotesi di silenzio-rigetto, rilevava che: “...*omissis*... viene introdotto un caso di silenzio-rigetto, la cui finalità “mitigatrice”, a fronte dell'estensione dei possibili casi di libero accesso civico, risulta chiaramente evidente, ma che costituisce, come è noto, un istituto non poco problematico dal punto di vista della partecipazione dei cittadini alla vita amministrativa, ancor più quando, come nel caso di specie, non è accompagnato dall'obbligo di motivare il rifiuto espresso. Appare, pertanto, opportuno omologare la procedura in argomento a quella prevista dall'articolo 25 della legge n. 241 del 1990 per le modalità di esercizio del diritto di accesso “ordinario”, imponendo, dunque, che il rifiuto dell'accesso, salvi i limiti e i casi di esclusione appresso disciplinati, debba comunque essere motivato, ancorché sinteticamente. Coerentemente, infatti, all'impianto di disclosure perseguita, una valorizzazione adeguata del diritto di conoscenza rende necessario, a fronte dell'attribuzione ai singoli cittadini del diritto di richiedere informazioni alle amministrazioni, il corrispondente obbligo di queste ultime di indicare gli eventuali motivi posti a base dell'eventuale diniego di accesso, conformemente a quanto accade nel F.O.I.A. statunitense, senza limitarsi alla laconica previsione “Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta”, con la conseguenza che al richiedente non resta che presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale. Si verificherebbe, così, il paradosso che un provvedimento in tema di trasparenza neghi all'istante di conoscere in maniera trasparente gli argomenti in base ai quali la P.A. non gli accorda l'accesso richiesto: ciò rappresenterebbe un evidente passo indietro rispetto alla stessa legge n. 241 del 1990 e al generale obbligo di motivazione dalla stessa previsto. Il cittadino, destinatario della “semplificazione” normativa consistente nella possibilità di conoscere atti, documenti, informazioni, anche in assenza di un interesse qualificato e di una specifica giustificazione, tornerebbe così alla “complicazione” di partenza: decorsi invano trenta giorni, non gli resterebbe che l'onerosa incombenza di agire in giudizio per vedere riconosciute le proprie ragioni, senza peraltro conoscere quelle per cui l'amministrazione gli ha negato determinate informazioni. Il tutto senza chiare disposizioni sanzionatorie, anche in ordine alla responsabilità dirigenziale, a carico dell'amministrazione che neghi l'accesso agli atti in mancanza di solidi e verificabili presupposti. Più, in generale, la Sezione suggerisce di ridurre al minimo necessario, in tutti i profili sopra descritti, l'impatto derogatorio (già rilevante in termini di legittimazione e presupposti dell'accesso) rispetto alle disposizioni procedurali previste per l'accesso ordinario dalla legge n. 241 del 1990, in quanto compatibili... *omissis*”

¹²¹ Per l'applicazione dell'art. 117 c.p.a., tra le prime pronunce giurisprudenziali, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5901, ove, si stabilisce che «l'art. 5 del decreto trasparenza impone l'obbligo all'amministrazione di pronunciarsi con provvedimento espresso e motivato, per cui l'eventuale “silenzio” rappresenta “mera inerzia”, un'ipotesi di silenzio-inadempimento che obbliga, quindi, il cittadino a rivolgersi al giudice amministrativo attivando il rito sul silenzio ex art. 117 c.p.a. (e successivamente in caso di diniego espresso ai dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a.). Da ciò si deduce che l'art. 116 c.p.a. viene interpretato come riferentesi solo al silenzio significativo (silenzio-diniego) e che comunque l'*iter* da seguire sia

invece dell'art. 116 c.p.a. non vada piuttosto applicato l'art. 117 c.p.a., in qualità di disciplina processuale generale per il silenzio-inadempimento, congiuntamente all'art. 31 c.p.a., ove è normata l'azione di accertamento nei confronti della p.a.. L'art. 117 c.p.a., tuttavia, non viene richiamato nell'art. 5 del d.lgs n. 33 del 2013, il quale, come già rilevato, fa riferimento al solo art. 116 c.p.a..

Sotto il profilo testuale, l'art. 5 c. 8 si limita a stabilire “avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al tribunale amministrativo regionale, ai sensi dell'art. 116 del Codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104”. L'art. 116 c.p.a., a sua volta, non aiuta, in quanto menziona al c. 1 “le determinazioni e il silenzio”, non qualificando quest'ultimo. Sebbene l'art. 116 c.p.a. sia stato scritto pensando all'ipotesi di silenzio diniego di cui all'art. 25 c. 4 l. n. 241 del 1990, all'epoca unico modello di carattere generale di accesso, in assenza di specificazioni, si potrebbe ritenere che nel termine “silenzio” di cui al c.1 dell'art. 116 c.p.a. sia ricompreso anche il silenzio-inadempimento, in considerazione del fatto che nel più è contenuto il meno. L'art. 117 c.p.a. codifica il rito speciale per far valere il silenzio-inadempimento, a prescindere dalla materia; l'art. 116 c.p.a., invece, costituisce la disciplina speciale per tutte le controversie in materia di accesso, destinata come tale a prevalere su quella generale.

Posto che risulta radicata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che trova in entrambi i casi applicazione il rito camerale, l'applicazione dell'art. 116 c.p.a. o dell'art. 117 c.p.a. presenterebbe delle diverse conseguenze in termini di rito processuale.

L'art. 116 c.p.a. stabilisce un termine (decadenziale) di 30 giorni entro il quale presentare ricorso al giudice amministrativo, mentre ai sensi dell'art. 31 c.p.a. e dell'art. 117 c.p.a. l'azione può essere esercitata non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento e il giudice può nominare un commissario “*ad acta*” per l'ipotesi in cui l'amministrazione rimanga inerte, eventualità non prevista nell'art. 116 c.p.a., ove il giudice, se accoglie il ricorso, accertata la spettanza del diritto di accesso, ordina all'amministrazione l'esibizione (o la pubblicazione) del documento.

Come già anticipato, se il legislatore avesse seguito in tutte le sue possibili implicazioni il suggerimento del Consiglio di Stato di stabilire un' omologia con quanto disciplinato nell'art. 25 c. 4 della l. n. 241 del 1990, e, dunque, fermo sempre e comunque l'indiscutibile obbligo di provvedere in forma espressa, motivata, meglio avrebbe fatto a qualificare in termini sostanziali, di silenzio-diniego appunto, l'ulteriore ipotesi del silenzio. Tutto questo anche nella previsione dell'ipotesi frequente in cui un'istanza di accesso

piuttosto macchinoso. Senza contare che in caso di provvedimento di diniego espresso sopravvenuto, non è chiaro se lo stesso andrà impugnato ex art. 117 c.p.a. o ex art. 116 c.p.a.. In dottrina, si legga A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, in www.federalismi.it.

contenga richieste, anche ma non solo in via subordinata, riconducibili a diverse tipologie di accesso e/o a diversi atti, in modo da poter garantire una tutela unitaria, appunto quella dell'art. 116 c.p.a., in tutte le diverse situazioni. Si tratta di un'occasione mancata, purtroppo, che avrebbe evitato in radice l'insorgere di dubbi in merito alla possibile applicazione dell'art. 117 c.p.a. invece dell'art. 116 c.p.a..

Anche perché in assenza di una "*factio iuris*" di provvedimento diventa difficile fissare il "*dies a quo*" per il computo dei trenta giorni entro i quali proporre l'impugnazione giurisdizionale, termine considerato di natura decadenziale dalla giurisprudenza, come già rilevato.

Soprattutto nell'ipotesi di provvedimento di diniego tardivo l'applicazione dell'art. 116 c.p.a. permetterebbe di mantenere l'uniformità di rito, omologando la disciplina dell'accesso civico semplice e generalizzato all'accesso documentale. Del resto il Consiglio di Stato, nel già citato parere n. 515/2016, auspicava, in relazione al piano sostanziale, che l'impatto derogatorio dell'accesso civico, già non lieve quanto a legittimazione e presupposti rispetto a quello documentale, non si accrescesse ulteriormente. In ogni caso, a prescindere dalla natura del silenzio, appare assorbente il profilo della specialità dell'art. 116 c.p.a., chiamato proprio a disciplinare appositamente ed esclusivamente le controversie in materia di accesso, e come tale destinato comunque a prevalere sulla disciplina generale del silenzio-inadempimento dell'art. 117 c.p.a..

Si tratta ora di capire se l'art. 116 c.p.a. per come è strutturato permette di tutelare al meglio il silenzio mantenuto sulle richieste di accesso civico.

Nell'art. 116 c.p.a., sulla base della ricostruzione giurisprudenziale ad oggi prevalente, consolidatasi per l'ipotesi dell'accesso documentale, si riconoscono al giudice penetranti poteri di accertamento della spettanza del diritto di accesso, anche a prescindere dagli eventuali motivi di diniego contenuti nell'atto, e il giudizio si conclude, se il ricorso viene accolto, con l'ordine all'amministrazione di esibire il documento e/o di dare pubblicità ai dati, nel termine, di norma, di trenta giorni. Naturalmente anche nel caso dell'art. 116 c.p.a., l'ordine all'amministrazione di provvedere incontra dei limiti naturali, derivanti dall'impossibilità di imporre un "*facere*" manifestazione di poteri discrezionali (esattamente come nell'ipotesi del silenzio-inadempimento, di cui all'art. 117 c.p.a.).

A fronte dell'inerzia tenuta su una richiesta di accesso civico generalizzato, nell'ipotesi in cui l'attività amministrativa si connota come discrezionale, va valutato se non debba trovare applicazione, come pare indubbio, l'art. 34 c. 2 c.p.a. che esclude in capo al giudice amministrativo la possibilità di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati¹²². In tal caso, applicando l'art. 116 c.p.a., si otterrà dal giudice una

¹²² Sul punto cfr. A. CORRADO, *La "trasparenza" nella legislazione italiana*, cit., 1437.

pronuncia contemplante unicamente un mero ordine di provvedere, in astratto, con un provvedimento espresso, il cui contenuto sarà definito dall'amministrazione.

Peraltro, un ulteriore motivo a sostegno dell'applicazione dell'art. 116 c.p.a, si rinviene nella circostanza che il regime processuale di cui all' art. 117 c.p.a.¹²³ non può essere utilizzato per la tutela di diritti soggettivi, essendo naturalmente configurato per la protezione di interessi legittimi. Quest'ultima posizione giuridica soggettiva, peraltro, potrebbe non sempre sussistere, ipotesi per la verità rara e rinvenibile ad es. qualora l'amministrazione non aggiorni dati oggetto di obbligatoria pubblicazione o non ne curi la qualità.

Più complessa è la questione definitoria della posizione giuridica soggettiva lesa da un diniego e/o silenzio qualora l'amministrazione applicando l'art. 5 *bis* c. 1, c. 2 e c. 3 rifiuti l'accesso in presenza di un pregiudizio agli interessi pubblici tassativamente indicati (sicurezza pubblica, ordine pubblico, sicurezza nazionale, ecc...) nei casi di segreto di Stato e in quelle di cui all'art. 24 c. 1 della l. n. 241 del 1990, poiché si tratta di limitazioni alle volte dai contorni non sempre sufficientemente definiti¹²⁴.

Non va, inoltre, sottovalutato che nell'accesso civico, non essendovi l'indicazione in capo al richiedente di una specifica posizione da proteggere, il giudice viene a disporre di un margine di apprezzamento a geometria variabile quando valuta se la richiesta, finalizzata ad esercitare il diritto alla trasparenza amministrativa, valore *ex se*, possa portare nocimento ad altri interessi pubblici e/o privati¹²⁵.

L'art. 116 c.p.a., infine, appare comunque idoneo a tutelare anche le ipotesi di silenzio, non espressamente qualificato *ex lege*, eventualmente tenuto dall'amministrazione sulle richieste di accesso civico, pertanto, anche alla luce del principio di specialità sopra accennato, può costituire il rito processuale di riferimento¹²⁶ da preferire a quello di cui all'art. 117 c.p.a..

¹²³ La soluzione proposta da A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, cit., 15, è di applicare l'art. 117 c.p.a. "...omissis... a dispetto dell'interpretazione che potrebbe ritenersi più in linea con il dato normativo, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, la soluzione migliore sembrerebbe essere, piuttosto, quella di attivare il rito avverso il silenzio, tenuto conto dell'attività che l'amministrazione è chiamata a svolgere, degli interessi che è chiamata a tutelare e della situazione giuridica soggettiva di cui risulta titolare il "quisque de populo" (richiedente/ ricorrente) non sempre facilmente paragonabile a quella del legittimato nell'accesso documentale... omissis".

¹²⁴ Si tratta in effetti di limitazioni piuttosto ampie e dai contorni alle volte sfuocati. Tale indeterminatezza era stata criticata anche dal Consiglio di Stato nel parere 515/2016, cit..

¹²⁵ Cfr. A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, cit., 15.

¹²⁶ Le indicazioni operative fornite dall'ANAC, nella determinazione 1309/2016, cit. si indirizzano nello stesso senso, "...omissis... a fronte del rifiuto espresso, del differimento o dell'inerzia dell'amministrazione, il richiedente può attivare la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 116 del codice del processo amministrativo".

6. Conclusioni

Alla luce delle riflessioni svolte non può non rilevarsi che le disposizioni concernenti i diritti di accesso, analizzate sotto il profilo processuale - il solo oggetto, per alcuni suoi aspetti, del nostro scritto - sollevano interrogativi di non poco momento, per i quali è difficile poter offrire al momento soluzioni certe e definitive.

Il legislatore non sembra aver valutato pienamente che, a fronte di forme di accesso diversificate nei presupposti - quello documentale fondato sul particolare rapporto sussistente tra il richiedente l'accesso e l'atto oggetto di ostensione, mentre quello civico basato sulla tutela di un interesse "oggettivamente" pubblico - oltre che nelle finalità, l'impronta soggettiva del giudizio amministrativo poteva essere derogata solo da disposizioni ¹²⁷ *ad hoc*.

In assenza di specifiche e inequivoche disposizioni volte ad "aprire" la legittimazione a chiunque, permane un'inevitabile divaricazione tra la legittimazione procedimentale, diffusa, e la legittimazione processuale, circoscritta ai soggetti portatori di un interesse diretto, concreto e attuale. Ne consegue un possibile svuotamento della portata innovativa dell'accesso civico, non disgiunto da una compromissione del radicamento della trasparenza nel nostro sistema¹²⁸.

Il legislatore ha scelto di ricondurre le diverse tipologie di accesso a un'unica giurisdizione (esclusiva del giudice amministrativo) opzione che non sembra, al momento, poter eliminare in modo definitivo e in radice ogni possibile dubbio sull'effettiva estensione della giurisdizione esclusiva stessa.

Infine, il legislatore ha richiamato anche per l'accesso civico, forse un po' frettolosamente, il rito processuale semplificato ed accelerato di cui all'art. 116 c.p.a., dunque all'apparenza ne impone l'applicazione anche nelle ipotesi di silenzio non qualificato *ex lege*.

L'interpretazione letterale, combinata con la prevalenza del principio di specialità, porta a escludere l'applicazione dell'art. 117 c.p.a., ove è contemplata la disciplina processuale generale del silenzio-inadempimento, alla quale, in assenza di qualificazioni in senso sostanziale andrebbe ricondotto il silenzio.

¹²⁷ Peraltro il carattere soggettivo del nostro processo amministrativo ha già subito un duro colpo dalle previsioni della Convenzione di Aarhus in materia ambientale. Sul punto cfr. F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.* 2012, 1, 101

¹²⁸ Peraltro, non si può non evidenziare anche un ulteriore problema, quello del mancato coordinamento della disciplina dell'accesso con quella più generale della conservazione dei dati e documenti pubblici, in particolare, di quelli su supporto informatico. La grande rapidità con la quale si evolve la tecnica in tale ambito, se non si adottano particolari accorgimenti, rende di fatto non più leggibili dati raccolti magari a distanza di poco tempo, vanificando la trasparenza.



Peccato si sia persa l'occasione per intervenire in modo sistematico, ponendo dei punti fermi sul trattamento dell'inerzia nelle ipotesi di accesso civico: le scarse disposizioni vigenti, eludendo la questione, hanno infatti già incominciato ad alimentare dubbi a livello giurisprudenziale, accrescendo quella progressiva, montante incertezza del diritto, con la quale il giurista è ormai tristemente destinato a confrontarsi quotidianamente.