

IL FORO AMMINISTRATIVO

T.A.R.

ISSN 1722-2397

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. XI - Giugno 2012

6

DIRETTA DA

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, GAETANO TROTTA

Si segnala all'attenzione del lettore

- Tar Piemonte, Sez. I, 29 giugno 2012 n. 781, *sulle condizioni per operare la trasformazione delle associazioni non riconosciute in fondazioni* 1838
- Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 20 giugno 2012 n. 1101, *sulla necessità del requisito del possesso, in capo al datore di lavoro extracomunitario, del titolo di soggiorno di cui all'art. 9, d.lg. n. 286 del 1998, ossia del "permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo"* 1859
- Tar Lazio, Roma, Sez. I ter, 1 giugno 2012 n. 4997, *sull'eccezionalità della procedura negoziata, che può essere applicata solo nei casi elencati dalla disciplina comunitaria, che menziona tassativamente ed espressamente le uniche eccezioni per le quali ne è consentito il ricorso* 1921
- Tar Abruzzo, Pescara, Sez. I, 18 giugno 2012 n. 279, *sulle scommesse alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia* 2002
- Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 19 giugno 2012 n. 606, *sui concorsi per professore universitario, ammettendosi che il c.d. impact factor può costituire uno fra i tanti elementi di valutazione che la commissione esaminatrice prende in considerazione per esprimere il suo giudizio nei confronti dei candidati, ma escludendosi qualsiasi relazione diretta tra l'impact factor e l'esito del concorso* 2109
- Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 26 giugno 2012 n. 1300, *sul danno non patrimoniale per lesione dell'affidamento ingenerato nel contatto sociale qualificato con l'impresa concorrente in una gara d'appalto riguardante un settore connotato dal coinvolgimento di situazioni giuridiche costituzionalmente garantite* 2122

In questo fascicolo Osservatori di giurisprudenza: *Sulle principali novità in materia di enti locali*



www.giuffre.it/riviste/foro

Per i testi dei provvedimenti più importanti non inseriti nel fascicolo



GIUFFRÈ EDITORE

RASSEGNE, ARTICOLI E DOCUMENTAZIONE

[6324/24] IL DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI:
A PROPOSITO DEI SOGGETTI ATTIVI PER UN'AZIONE
AMMINISTRATIVA TRASPARENTE, MA NON TROPPO

The right of access to administrative documents:
players for a polite administrative action

ABSTRACT: *Il saggio si occupa del diritto di accesso ai documenti amministrativi previsto dall'art. 22 e seguenti della l. n. 241/1990, come modificata dalla l. n. 15/2005 e, più nello specifico, si occupa dei soggetti attivi del diritto di accesso con particolare riguardo per le amministrazioni pubbliche, i consiglieri comunali e provinciali e, infine, le associazioni dei consumatori.*

La questione della legittimazione ad accedere, e quella connessa dell'identificazione dei soggetti attivi, è di estrema rilevanza proprio in considerazione del riconoscimento del diritto di accesso come « principio generale dell'attività amministrativa volta a favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza » attinente « ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost. ».

Tale rilevanza, tuttavia, non trova una giusta corrispondenza nelle diverse disposizioni di legge che disciplinano le differenti modalità di accesso in riferimento ai tre soggetti attivi oggetto di analisi, creando un sistema normativo poco omogeneo e non adeguatamente orientato ai principi costituzionali e dell'Unione europea.

The essay speaks about the « right of access » to administrative documents according to art. 22 and following of the law 241/1990, as amended by the law 15/2005; it deals of the subjects of the « right of access » in particular about public administrations, local and provincial councilors, consumer groups.

The question of « standing to access » and the identification of related subjects, is very important, particularly about the recognition of « right of access » as a « general principle of the administration activity », as provided according art. 117, c. 2, m) of the Italian Constitution.

The theme of the « right of access » is not specifically studied by Italian law; so this matter create a not uniform regulatory system and not oriented to the Italian constitutional principles and the European Union.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La legittimazione ad accedere prima e dopo la l. n. 15/2005. — 3. Il diritto di accesso delle pubbliche amministrazioni: dal diritto di accesso al dovere di leale collaborazione. — 4. Il diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali: esecuzione del mandato o privilegio incondizionato? — 5. Il diritto di accesso delle associazioni dei consumatori. — 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi (1) costituisce un'immediata applicazione del principio di trasparenza (2), segnando il passaggio da un sistema caratterizzato dal principio di segretezza (art. 15, d.P.R. n. 3/1957) ad un altro basato sui principi di pubblicità e di trasparenza. Infatti, l'art. 22, c. 2, l. n. 241/1990, dispone che « l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza ». Pertanto, il superamento della generale segretezza dell'azione amministrativa e il contestuale riconoscimento del diritto di accesso come principio generale dell'attività della pubblica amministrazione per le sue finalità d'interesse pubblico e in sintonia con la normativa comunitaria, a seguito della riforma del 2005, si pongono in attuazione sia dei canoni costituzionali d'imparzialità e di buon andamento, sia della tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (v. Corte cost., 17 marzo 2006, n. 104, in www.giurcost.org). Inoltre, il riconoscimento come principio generale dell'azione amministrativa e l'attinenza ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 Cost., c. 2, lett. m), Cost., sembrano far diventare il diritto di accesso un obiettivo di giustizia e di democrazia amministrativa con evidenti finalità di pubblico interesse. Il diritto di accesso diventerebbe così un super diritto con una forte connotazione pubblicistica a tal punto da far divenire l'accedente al rango di collaboratore di giustizia

(1) Alla rilevanza del tema è seguita una estesa produzione bibliografica sul diritto di accesso. Per un inquadramento generale si rinvia ai seguenti contributi e alle bibliografie ivi indicate: M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, 2000, Agg., IV, 1 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995, 1 ss.; ID., *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE, diretto da, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, VI, 5953 ss.; C.E. GALLO, S. FOÀ, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Agg., Torino, 1 e 55; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, II, 2003, 1083 ss.; ID., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 494 ss.; A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, 4, 2005; L. LAMBERTI, *Definizioni e principi in materia di accesso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, a cura di, *Saggi critici sulla legge n. 241 del 1990 riformata dalle leggi n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Torino, 2005, 711 ss.; M. OCCHIANA, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241/1990*, in questa *Rivista TAR*, 2005, 905 ss.; ID., *Accesso agli atti amministrativi e partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. CASSESE, diretto da, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 57 ss. e V, 4128 ss.; M. BOMBARDELLI, G. ARENA, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI, a cura di, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 409 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Napoli, 2006; F. CARINGELLA, M.T. SEMPREVIVA, R. GAROFOLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007; F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI, a cura di, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 1077 ss.; S. GIACCHETTI, *Diritto di accesso, processo amministrativo, effetto Fukushima*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. OCCHIANA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 141 ss.

(2) Sul principio di trasparenza e di partecipazione, v. M.A. SANDULLI, a cura di, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: esperienze europee a confronto*, voll. I e II, Milano, 2000 e 2001, *passim*.

amministrativa e di partecipante esterno al buon andamento della pubblica amministrazione (3).

Tuttavia, se è evidente che la previsione dell'art. 22, c. 2, l. n. 241/1990, pare abbia rappresentato il definitivo superamento della segretezza dell'azione amministrativa a favore del principio della trasparenza, con le conseguenze prima esposte, pare altrettanto evidente che non ci si possa ancora discostare definitivamente e completamente dal modello originario della segretezza. Infatti, dal tenore dell'art. 22, c. 1, l. n. 241/1990, come novellato dalla l. n. 15/2005, l'esercizio del diritto di accesso è comunque connesso all'esistenza di un interesse qualificato da parte di un soggetto privato e quindi un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. Allo stesso tempo, ma il tema verrà approfondito nelle pagine che seguono, il riconoscimento del diritto di accesso come principio generale dell'attività amministrativa avrebbe dovuto comportare la creazione di un modello unitario di accesso ai documenti amministrativi quantomeno in riferimento ai soggetti attivi, senza quindi distinzione tra soggetti privati, associazioni esponenziali di interessi superindividuali, pubbliche amministrazioni e consiglieri comunali e provinciali.

Passando alle fonti, le potenzialità del diritto di accesso quale strumento costituzionalmente orientato per una corretta e continua informazione dei cittadini dinanzi all'azione delle pubbliche amministrazioni sono state tradizionalmente riconosciute da diversi livelli di governo e il quadro legislativo che ne risulta è di certo articolato e frammentario.

In ambito nazionale, com'è noto, il diritto di accesso, nei suoi profili generali, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della l. n. 241/1990, come modificata dalle ll. nn. 15 e 80 del 2005, dalla l. n. 69/2009 (4) e dal d.lgs. n. 104/2010 e s.m.i., il Codice del processo amministrativo, in stretto riferimento alle disposizioni processuali del diritto di accesso contenute nell'art. 116 c.p.a. (5). Il legislatore ha, inoltre, completato la disciplina generale dell'accesso con l'emanazione del d.P.R. n. 184/2006

(3) Condivisibilmente si esprime in questi termini S. GIACCHETTI, *Diritto di accesso, processo amministrativo, effetto Fukushima*, cit..

(4) F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69, di riforma della l. n. 241/1990*, Roma, 2009, 236 ss..

(5) Sul rito speciale in tema di accesso, v. V. PARISIO, *Commento all'art. 116*, in R. CARANTA, a cura di, *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010, 664; Ro. CHIEPPA, *Il rito in materia di accesso*, in *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2012, 502 ss.; L. MUSSELLI, *La tutela giurisdizionale del diritto di accesso*, in E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA, a cura di, *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa? Giornata di studi in onore del Prof. Fabio Merusi*, Napoli, 2011, 85 ss.; N. PAOLANTONIO, *I riti speciali*, in F.G. SCOCA, a cura di, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 494 ss.; R. DE NICTOLIS, *I riti speciali*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 1151 ss.; G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010; B. RINALDI, *La razionalizzazione del rito speciale in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, 88 ss.; F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003.

il quale, abrogando il precedente d.P.R. n. 352/1992, ha disciplinato le modalità di esercizio di tale diritto (6).

Alle disposizioni generali previste dalla legge sul procedimento bisogna, inoltre, affiancare le specifiche norme sull'accesso agli atti degli enti locali, artt. 10 e 43 del d.lgs. n. 267/2000 (7), nonché le disposizioni del d.lgs. n. 195/2005 di recepimento della direttiva 2004/3/CE, nelle specifico riferimento al diritto di accesso alle informazioni ambientali (8).

Sono numerose le ragioni di studio e di approfondimento offerte dal diritto di accesso fin dal 1990.

Si pensi, ad esempio, alla legittimazione soggettiva all'esercizio di tale diritto, all'oggetto dell'accesso (9), alla sua natura ancora non pacificamente definita (10), o ancora ai casi di esclusione dell'accesso ai documenti, tra cui la ricorrente

(6) A. SANDULLI, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 669 ss.; G. BOTTINO, *Il nuovo regolamento statale in materia di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi: l'applicazione nei confronti delle regioni e degli enti locali*, in questa *Rivista C.d.S.*, 2006, 1993 ss.; A. SIMONATI, *Il regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 1057 ss..

(7) F. MANGANARO, *L'accesso agli atti e alle informazioni degli enti locali*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 1066 ss. e bibliografia ivi citata.

(8) Sul diritto di accesso in materia ambientale, v. S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1321 ss. e bibliografia ivi indicata.

(9) In riferimento all'oggetto un profilo critico riguarda la possibilità da parte dell'amministrazione di sostituire il documento richiesto con un altro ritenuto equipollente. La giurisprudenza (non pacifica) del Consiglio di Stato, negando tale possibilità sulla base di argomentazioni sostenute dal dettato letterale della l. n. 241/1990, art. 22, c. 1, lett. a), art. 22, c. 4, e art. 2, c. 2, d.P.R. n. 184/2006, sostiene che il diritto di accesso sia da intendere come diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi, ossia un diritto di acquisizione di quegli stessi documenti o delle loro copie e non di succedanei. Secondo tale orientamento, pertanto, se l'esibizione del documento richiesto non avviene e le informazioni vengono esibite attraverso un altro documento, il diritto di accesso non si può ritenere realizzato. In questi termini, *ex multis*, v. Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2009, n. 7486, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 8, 807 ss. Allo stesso tempo, di contro, Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2001, n. 207, in *Gior. dir. amm.*, 2001, 1141, il quale ha sottolineato la natura meramente strumentale del supporto documentale all'esercizio del diritto di accesso, che deve invece essere inteso come rivolto prevalentemente alle informazioni detenute dall'amministrazione. Negli stessi termini, v. Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2009, n. 5987, in *Guida al diritto*, 2009, 64 ss.

In giurisprudenza, v. anche TAR Sicilia, Catania, sez. I, 24 maggio 2012, n. 1317 in *www.giustamm.it*, 5/2012.

La sentenza ha preso in considerazione il diritto di accesso nei confronti del certificato di destinazione urbanistica, e — seguendo quanto già affermato dal TAR Puglia, Lecce, sez. II, 17 settembre 2009, n. 2121 — ha affermato che *non vi è il diritto di accesso a questo certificato*, perché tale atto rientra nella categoria degli atti di *certificazione*, *aventi carattere dichiarativo o certificativo del contenuto di atti pubblici preesistenti*, ed esso non può quindi essere ricompreso nella categoria del "documento amministrativo", così come definito dall'art. 22, lett. d), della l. n. 241/1990. Secondo il TAR, quindi, questo certificato costituisce un atto dichiarativo di un precedente atto di pianificazione urbanistica, ed il diritto di accesso è escluso "nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti (...) di pianificazione (...), per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione" (art. 24, c. 1, lett. c), l. n. 241/1990).

questione della riservatezza dei terzi (11) o al ruolo della Commissione disciplinata dall'art. 27 della legge sul procedimento, come introdotto dall'art. 18 della l. n.

In dottrina si sono espresse delle perplessità nei confronti della concezione solo formale del diritto di accesso. Cfr. M. BOMBARDELLI, *Nuove questioni relative alla legittimazione soggettiva e all'oggetto del diritto di accesso*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 807 ss.; Id., *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, in G. ARENA, F. MERLONI, a cura di, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 385 ss.; Id., *Documento*, in S. CASSESE, diretto da, *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 2021 ss.. Secondo l'A. l'orientamento del Consiglio di Stato che accoglie una concezione solo formale dell'esercizio del diritto di accesso sacrifica la piena applicazione del principio di trasparenza amministrativa che, di contro, si realizza riconoscendo come obiettivo ultimo quello di rendere disponibile al richiedente, in modo chiaro ed esplicito, uno specifico dato informativo che gli consenta non solo di conoscere, ma anche di comprendere le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa.

(10) Sulla controversa natura del diritto di accesso, in dottrina v. M.A. SANDULLI, *Atti del Convegno Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, cit.. L'A. aderisce alla posizione di coloro che considerano il diritto di accesso come un vero diritto soggettivo. Cfr., inoltre, S. BACCARINI, *Commento all'art. 22*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Il codice dell'azione amministrativa*, cit., e bibliografia ivi citata; M. OCCHIENA, *Diritto di accesso, sua « natura camaleontica » e adunanza plenaria 6/2006*, in *Foro it.*, 2006, III, 378 ss..

In giurisprudenza, v. Cons. St., ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6 e Id., 20 aprile 2006, n. 7, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il supremo consesso senza prendere posizione in merito alla natura della posizione giuridica ascrivibile al diritto di accesso, ne ha posto in rilievo il carattere strumentale e funzionale alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti. Inoltre viene sottolineata l'irrelevanza della qualificazione dell'accesso ai documenti amministrativi come diritto soggettivo o interesse legittimo, atteso che la sua eventuale lesione non determina immediatamente alcuna incisione negativa sulla sfera giuridico-patrimoniale dell'istante, ripercuotendosi su di essa solo in via indiretta laddove comporti una menomazione nella tutela del bene della vita finale. Inoltre, cfr. Cons. St., sez. V, 24 marzo 2011, n. 1772, in questa *Rivista C.d.S.*, 2011, 921, che ha affermato la natura di diritto soggettivo del diritto di accesso e, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2974, in *Guida al diritto*, 2012, 24, 109, che ha invece negato al diritto di accesso la natura di diritto soggettivo. Secondo il giudice d'appello si deve procedere ad una vera e propria declassificazione del diritto di accesso, non più da ritenere posizione sostanziale autonoma, ma solamente un potere di natura procedimentale, avente finalità strumentali di tutela di posizioni sostanziali propriamente dette, sia di diritto soggettivo, sia di interesse legittimo. Se è vero, infatti, che la legge si esprime in termini di 'diritto di accesso', è altrettanto vero come di tale espressione deve essere sottolineato l'uso atecnico; e questo in quanto è ben evidente la 'strumentalità' dell'accesso collegato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, come si evinceva dal precedente testo dell'art. 22, l. n. 241/1990 e ora dalla definizione dei soggetti interessati, contenuta nel medesimo articolo.

Tale orientamento è sostenuto anche in dottrina da M. BOMBARDELLI, *Nuove questioni relative alla legittimazione soggettiva e all'oggetto del diritto di accesso*, cit., 812.

(11) Sul tema v. M. DUGATO, *L'accesso agli atti di gara tra trasparenza e privacy*, in *Riv. trim. app.*, 2005, 1, 7 ss.; F. GAVERINI, *Accesso (e accessi) ai documenti amministrativi: linee guida per le p.a. a garanzia del diritto alla privacy*, in questa *Rivista*, 2005, 1846 ss.; S. GIACCHETTI, *Accesso e riservatezza: separati in casa*, in *Cons. St.*, 2004, II, 463 ss.; M.C. CAVALLARO, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e tutela della privacy: un difficile equilibrio?*, in questa *Rivista*, 2002, 2929 ss.; A. SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, 2002, 37 ss.; P. CIRILLO, *Diritto all'accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

15/2005 (12). Nonostante i numerosi e sempre attuali profili d'esame, si ritiene opportuno limitare l'ambito su cui riflettere al tema specifico dei soggetti attivi del diritto di accesso dopo la l. n. 15/2005. Pertanto, dopo aver analizzato brevemente la nozione di « situazione giuridicamente rilevante », nel testo originario della l. n. 241/1990, e di « situazione giuridicamente tutelata », dopo la l. n. 15/2005, si esamineranno l'acquisizione di documenti da parte di soggetti pubblici, il diritto di accesso incondizionato e quasi illimitato dei consiglieri comunali e provinciali e, infine, i limiti del diritto di accesso delle associazioni dei consumatori.

La questione della legittimazione ad accedere e quella connessa dei limiti dei soggetti attivi paiono di estrema rilevanza proprio in considerazione del riconoscimento del diritto di accesso come « principio generale dell'attività amministrativa volta a favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza » attinente « ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost. » (art. 29, c. 2 *bis*, l. n. 241/1990).

Infatti, il fine dell'imparzialità e della trasparenza delle pubbliche amministrazioni è condizionato dall'ampliamento o meno dei presupposti per la legittimazione all'accesso e dalla presenza o meno di limiti nelle modalità di accesso dei soggetti attivi interessati. A tal proposito, pare che vi siano delle incoerenze, e quindi una mancanza di omogeneità, che investono le disposizioni sull'accesso in ordine a diversi profili. Innanzi tutto nell'ambito dello stesso articolato della l. n. 241/1990. Infatti, l'art. 22 modificato nel 2005 ha costituito un arretramento rispetto alla precedente previsione del medesimo articolo nei termini di cui dirà, mentre, allo stesso tempo, sempre l'art. 22 modificato ha ampliato i soggetti attivi all'accesso, i cd. interessati, da cui però sottrae le pubbliche amministrazioni a cui si applicherà il c. 5 dell'art. 22.

Oltre a tale incoerenza per così dire interna alla l. n. 241/1990, si deve sottolineare la profonda differenza tra tali disposizioni e quelle dell'Unione europea (art. 15, TFUE (13), art. 41 della Carta di Nizza, reg. n. 1049/2001 sul diritto di accesso e il Libro verde della Commissione europea sul diritto di accesso del 18 aprile 2007) (14), oltre a quelle di altri Paesi europei (15) e, infine, rispetto anche

(12) Su questo tema v., da ultimo, Atti del Convegno *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, cit..

(13) L'art. 15 TFUE statuisce che « al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, organi e organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile ». Tale disposizione è di estrema rilevanza perché grazie ad essa il principio di trasparenza diviene uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione europea, riprendendo, inoltre, al suo c. 3, la disposizione sul diritto di accesso prima contenuta nell'art. 255 TCE, secondo la quale « qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro rapporto (...) ».

(14) Sul diritto di accesso in ambito europeo, v. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 449 ss.; G. GRECO, M.P. CHITI, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; D.U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 265 ss., la quale sottolinea come molto

ad altre disposizioni nazionali, sempre in materia di accesso, ma in settori specifici come l'ambiente (16).

2. *La legittimazione ad accedere prima e dopo la l. n. 15/2005.*

L'art. 22, l. n. 241/1990, prima della riforma del 2005, richiedeva ai fini dell'accesso, l'esistenza di un « interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti », mentre, l'art. 2 del d.P.R. n. 352/1992 specificava che l'interesse doveva essere personale e concreto.

La portata di tali previsioni è stata definita dalla giurisprudenza sostenendo che il richiedente dovesse essere titolare di un interesse qualificato e diretto, negando, allo stesso tempo, una tutela per i meri interessi di fatto. Il diritto di

diversamente da quanto avviene nel nostro sistema nazionale un principio essenziale della disciplina del diritto di accesso contenuta nel regolamento n. 1049/2001 è l'assenza di qualsivoglia obbligo di giustificare la propria richiesta di accesso; Id., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Bologna, 2012, 266 ss.; così, F. DONATI, *L'accesso ai documenti nel diritto dell'Unione*, in *www.giustamm.it*, 12/2010, il quale osserva che il diritto di accesso agli atti delle istituzioni europee ha (...) un ambito assai più ampio rispetto a quello assicurato dall'ordinamento nazionale con riguardo agli atti delle proprie istituzioni.

Sul diritto alla buona amministrazione sancito dalla Carta di Nizza, v. R. BIFULCO, *Diritto ad una buona amministrazione*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, a cura di, *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 284 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 819 ss., a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici della giurisprudenza europea sul diritto di accesso; M.A. SANDULLI, *Buona amministrazione e Costituzione europea*, in A. CELOTTO, a cura di, *Il processo costituente europeo*, Torino, 2005; L. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 789 ss.; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 641 ss..

(15) A titolo esemplificativo si veda l'art. 105, lett. b) della Costituzione spagnola il quale stabilisce che « la legge regolerà: (...) l'accesso di cittadini agli archivi e registri amministrativi, fatta eccezione per le questioni che riguardano la sicurezza e la difesa dello Stato, l'accertamento dei reati e la riservatezza delle persone ». Sulla profonda differenza tra la disciplina del diritto di accesso in Italia e in altri Paesi europei, v. M. SAVINO, *The right to open public administrations in Europe: emerging legal standards*, Sigma paper n. 46, 2010, in *www.sigmaxweb.org*; G. NAPOLITANO, a cura di, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 158 ss..

(16) La legittimazione soggettiva all'accesso all'informazione ambientale viene riconosciuta a « chiunque ne faccia richiesta » dall'art. 3, d.lgs. n. 195/2005, di recepimento della direttiva 2003/4/CE in materia di accesso alle informazioni ambientali, nonché dall'art. 3 *sexies* del d.lgs. n. 152/2006, con l'esplicito riferimento alla Convenzione di Aarhus, ratificata in Italia con la l. n. 108/2001. Sulla diversità delle discipline del diritto di accesso, v. A. CONTIERI, G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1066 ss. e bibliografia *ivi* citata; M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241/1990*, in questa *Rivista*, 2005, 3, 905 ss.; R. CARANTA, *L'accesso alle informazioni in materia ambientale*, in *Giur. it.*, 2001, 406 ss..

In giurisprudenza, v. Corte cost., 1° dicembre 2006, n. 398, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 715, nota di A. BATTAGLIA, *Accesso all'informazione o tutela dell'ambiente?*

accesso, prima della riforma del 2005, si configurava come un'autonoma posizione tutelata, finalizzata all'informazione del soggetto interessato che agisce per la tutela di propri interessi giuridicamente rilevanti. Era, così, legittimato all'accesso chiunque dimostrava che il documento amministrativo di cui si chiedeva l'ostensione era idoneo a produrre effetti diretti ovvero indiretti nei propri confronti, indipendentemente da una lesione giuridica concreta, attuale e diretta (17).

La l. n. 15/2005 ha profondamente modificato questa disposizione. Infatti, l'art. 22, c. 1, lett. b) della l. n. 241/1990 definisce i soggetti legittimati all'accesso come tutti i soggetti privati, compreso i portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata (18) e collegata al documento di cui è chiesta l'ostensione (19).

Innanzitutto, è di certo da escludere, ormai per un orientamento consolidato,

(17) Sul punto, si rinvia a F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1084 ss.. In giurisprudenza, sul significato di « situazione giuridicamente rilevante », v. Cons. St., sez. III *ter*, 2 maggio 2012, n. 3921, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5173, in questa *Rivista C.d.S.*, 2010, 1455 ss..

(18) Secondo A. SANDULLI, *L'accesso*, cit., 494, il termine « tutelata » potrebbe riproporre l'interrogativo se possa richiedersi l'accesso solo in presenza di una posizione sottesa corrispondente ad una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento.

(19) Sul tema della legittimazione soggettiva, v. A. SANDULLI, *L'accesso*, cit., 494 ss.; S. GIACCHETTI, *Accesso « uber alles »?*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 9; A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, cit., 1013 ss..

La dottrina è pressoché unanime nel considerare il passo indietro operato dalla l. n. 15/2005 in riferimento alla legittimazione attiva all'accesso. Infatti, alla meno preclusiva locuzione « chiunque sia titolare di una situazione giuridicamente rilevante » si è sostituita la più stringente formula « tutti i soggetti privati (...) che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso ».

Questo orientamento è sostenuto anche dalla giurisprudenza. *Ex multis*, v. Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3654, in questa *Rivista C.d.S.*, 2011, 2064 ss.; Cons. St., sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2285, in questa *Rivista C.d.S.*, 2011, 1178; Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6576, in questa *Rivista C.d.S.*, 2010, 1918 ss.; TAR Lazio, sez. III *ter*, 2 maggio 2012, n. 3921, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 15 novembre 2010, n. 2686, in questa *Rivista TAR*, 2010, 11, 3691 ss..

Inoltre, in riferimento al collegamento tra l'interesse del privato e una situazione giuridicamente tutelata, v. Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5652, in questa *Rivista C.d.S.*, 2009, 2106, secondo il quale la norma si riferisce alla sussumibilità della pretesa concreta in una fattispecie normativa, secondo una valutazione prognostica e secondo un rapporto di chiara percepibilità e non fa riferimento ad ipotesi in cui la pretesa vantata non sia a prima lettura riconducibile ad una previsione normativa, ma potrebbe esservi ricondotta in virtù di una particolare interpretazione che potrebbe essere affermata in un giudizio sulla pretesa.

Anche a seguito della riforma operata dalla l. n. 15/2005 parte della giurisprudenza riconduce ancora il diritto di accesso ad una situazione giuridicamente rilevante. Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 2 maggio 2012, n. 3921, in www.giustamm.it, 5/2012, in cui si afferma che la posizione che legittima l'accesso ai documenti amministrativi non richiede necessariamente tutti i requisiti stabiliti per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo avverso un atto lesivo della posizione giuridica vantata, tra i quali l'attualità dell'interesse ad agire, essendo sufficiente che l'istante sia titolare di un interesse giuridicamente rilevante e che il suo interesse alla richiesta di documenti si fondi su tale posizione giuridica.

che il diritto di accesso possa diventare un'azione popolare finalizzata ad un controllo generalizzato dell'azione amministrativa, come espressamente previsto dall'art. 24, c. 3, l. n. 241/1990 (20). Tale inammissibilità da una parte s'innesta perfettamente nel tessuto normativo nel quale è inserito e, dall'altra, si presenta come corollario del principio di buona amministrazione. Infatti, il principio della trasparenza, di cui il diritto di accesso è strumento, non è l'unico principio dell'azione amministrativa, la cui operatività presuppone anche l'applicazione dei principi di economicità, di efficacia e di efficienza. Pertanto, il condivisibile divieto di un controllo generalizzato e incondizionato nei confronti della pubblica amministrazione deve essere letto in un'ottica di non aggravamento, oltre la comune ragionevolezza, dell'azione amministrativa.

La riforma del 2005, nello specifico riferimento del diritto di accesso, se da una parte ha previsto la legittimazione in capo a tutti i soggetti privati, compresi i portatori di interessi pubblici e diffusi, dall'altra pare aver introdotto una restrizione dei soggetti legittimati all'*actio ad exhibendum*, prevedendo esplicitamente un accesso per la tutela di un interesse diretto, attuale e concreto corrispondente ad una situazione giuridica tutelata.

Sulla riforma operata dalla l. n. 15/2005 si sono creati due orientamenti giurisprudenziali in merito alla portata restrittiva o meno di tali previsioni.

Secondo un primo orientamento è da escludere la portata restrittiva della riforma del 2005, considerando che già l'abrogato d.P.R. n. 352/1992 prevedeva un interesse qualificato come concreto e attuale, anche se la giurisprudenza non era del tutto pacifica sull'applicazione di tali qualificazioni all'intendere per l'accesso (21). Seguendo questa argomentazione, la l. n. 15/2005 avrebbe consolidato previsioni sia normative, sia giurisprudenziali in realtà già esistenti (22).

L'orientamento opposto, invece, partendo da una interpretazione letterale della norma, sostiene che non è più consentito che il titolo legittimante all'esercizio del diritto strumentale di accesso consista anche in posizioni di interesse non attuali, o almeno non rilevabili con immediatezza. Pertanto, lo stesso dettato normativo prescrive, quale ulteriore qualificazione dell'interesse all'accesso, la sua

(20) Sul punto, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4209, in questa *Rivista C.d.S.*, 2011, 2518 ss.; Cons. St., sez. V, 8 giugno 2011, n. 3457, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Emilia-Romagna, Parma, 9 febbraio 2010, n. 52, in questa *Rivista TAR*, 2010, 412 ss..

Inoltre, si rinvia a M. SINISI, *Il diritto di accesso a schede elettorali e verbali di sezione: inammissibilità di un controllo generalizzato sull'attività della p.a.*, in questa *Rivista TAR*, 2005, 3736 ss..

(21) Per in interesse di carattere meramente potenziale, correlato ad eventi e situazioni non ancora concretizzatesi, cfr. CGA, 18 marzo 1998, n. 171, in *Cons. St.*, 1998, I, 491 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. III, 2 settembre 2003, n. 7206, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(22) Per questo orientamento, v. Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2007, n. 6545, in questa *Rivista C.d.S.*, 2007, I, 3517 ss.; TAR Toscana, sez. II, 9 febbraio 2007, n. 152, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

In dottrina, v. V. CERULLI IRELLI, a cura di, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit..

attualità, oltre alla corrispondenza ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (23).

Nei confronti di questo secondo orientamento, pur dovendone apprezzare l'aderenza al dettato testuale dell'art. 22 in questione, pare, tuttavia, potersi prospettare una considerazione critica sostenuta anche dalla giurisprudenza. Infatti, se il requisito dell'attualità dell'interesse sotteso al diritto di accesso si prospetta in modo analogo all'interesse ad agire in sede giudiziaria, tale circostanza potrebbe frustrare la portata e soprattutto le finalità di tale diritto; in modo particolare s'impedirebbe ad un soggetto potenzialmente interessato di verificare una possibile lesione della propria sfera giuridica soggettiva o quantomeno un'astratta idoneità di un atto a dispiegare effetti diretti o indiretti sul richiedente (24).

È, pertanto, del tutto evidente che, sotto il profilo della legittimazione ad accedere, siamo ben lontani da quel processo di apertura verso una più ampia estensione dell'accesso ai documenti amministrativi, come auspicato dalla Commissione Nigro (25) e in palese contrasto quantomeno con la disciplina europea e con quella di altri Paesi dell'Unione europea in materia di accesso. Il legislatore del 2005 ha inteso così restringere la legittimazione all'accesso con una individuazione più puntuale della situazione giuridica sottesa all'interesse per l'accesso (26). In definitiva, ancora una volta l'esigenza di bilanciare le opposte esigenze di celerità e di trasparenza dell'azione amministrativa hanno indotto alla scelta « politica » del legislatore di limitare il diritto di accesso ai soli documenti e atti riguardanti i processi formativi decisionali della pubblica amministrazione e di cui il soggetto privato sia direttamente e concretamente destinatario (27).

3. *Il diritto di accesso delle pubbliche amministrazioni: dal diritto di accesso al dovere di leale collaborazione.*

Delineati i profili generali della legittimazione all'accesso, veniamo al profilo

(23) Per questo secondo orientamento, v. TAR Lazio, Roma, sez. I bis, 9 maggio 2007, n. 4155, in www.giustizia-amministrativa.it.

(24) Sul tema v. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 609 ss.. In giurisprudenza, v. TRGA, sezione di Bolzano, 18 dicembre 2009, n. 410, in www.giustamm.it, 12/2009; TAR Puglia, Bari, sez. III, 7 maggio 2007, n. 1263, in questa *Rivista TAR*, 2007, 1783 ss..

(25) Sul punto, v. le riflessioni di M.A. SANDULLI, *Atti del convegno*, cit..

(26) A. SANDULLI, *L'accesso*, cit., 494, osserva che la scelta di ampliare il novero delle garanzie per i privati è rimessa all'autonoma decisione di regioni ed enti locali, ai sensi degli artt. 22, c. 2, e 29. Sicché i nuovi confini della legittimazione ad accedere sono affidati alle spinte provenienti dal basso. A tal proposito, a titolo meramente esemplificativo, possiamo dire che ciò non sia avvenuto nella l.r. Lombardia, 1° febbraio 2012, n. 1, *Riordino normativo in materia di procedimento amministrativo, diritto di accesso ai documenti amministrativi, semplificazione amministrativa, potere sostitutivo e potestà sanzionatoria*, in BUR Regione Lombardia, supplemento n. 5/2012.

(27) Sul punto, v. Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2005, n. 34, in www.lexitalia.it, 1/2005, nota di A. LAIANO, *L'accesso ai documenti amministrativi tra aperture giurisprudenziali e novità legislative*.

critico inerente le diverse modalità e i presupposti di tale diritto con specifico riferimento a tre soggetti attivi: le pubbliche amministrazioni, i consiglieri comunali e provinciali e le associazioni dei consumatori.

L'art. 22, c. 5, l. n. 241/1990, prevede che l'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove non rientrante nella previsione dell'art. 43, c. 2, del d.P.R. n. 445/2000 (28), si informi al principio di leale collaborazione (29).

Questa disposizione integra quanto statuito dal precedente art. 22, c. 1, lett. b), il quale tra i soggetti « interessati » non include i soggetti pubblici.

La scelta operata dal legislatore del 2005 si presta ad alcune considerazioni critiche solo in parte stemperate da pronunce giurisprudenziali che hanno interpretato in modo estensivo e non letterale le disposizioni sopra citate.

Innanzitutto, non pare si possano avanzare dubbi sulla possibilità anche da parte di soggetti pubblici di presentare istanze di accesso a documenti amministrativi in possesso di altre amministrazioni (30). È evidente che il legislatore abbia immaginato un modello organizzativo del diritto di accesso del tutto peculiare, per la stessa peculiarità dei soggetti in questione, individuando una specifica modalità di acquisizione di documenti tra soggetti pubblici. Tale modello organizzativo

(28) L'art. 43, d.P.R. n. 445/2000, riguarda la consultazione diretta delle pubbliche amministrazioni o di un gestore di un pubblico servizio, degli archivi dell'amministrazione certificante « finalizzata all'accertamento d'ufficio di stati, qualità e fatti ovvero al controllo sulle dichiarazioni sostitutive presentate dai cittadini ».

(29) La leale collaborazione istituzionale è un principio di origine giurisprudenziale e di rango costituzionale. Sono stati fondamentali gli interventi in materia della Corte costituzionale che ha previsto l'impiego del principio di collaborazione e di cooperazione e lo ha utilizzato direttamente quale criterio regolatore al fine di garantire l'equilibrato svolgimento di azioni comuni dello Stato e delle regioni. A seguito di un sistematico riferimento a tale criterio da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza n. 35/1976 e n. 175/1976) il principio di leale collaborazione è stato introdotto in Costituzione con la l. cost. n. 3/2001. L'art. 120 Cost. ne fa oggi menzione quale criterio guida al quale la legge deve attenersi nel definire le procedure atte a garantire l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo nei confronti delle regioni e degli enti locali. La collaborazione istituzionale presuppone l'equiparazione fra tutti gli attori coinvolti nelle relazioni istituzionali; i profili di gerarchia si attenuano per lasciare spazio a quello relativo alla concertazione su una base di eguaglianza di tutti i partecipanti. I rapporti di forza tra i singoli livelli istituzionali non vengono meno, ma tendono a stemperarsi tanto all'interno di organi misti, quanto nella determinazione di procedure le cui regole sono condivise dai componenti di ciascuna amministrazione di riferimento.

(30) In dottrina, S. CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Giust. civ.*, 2005, 407 ss.. Il c. 5 dell'art. 22 è stato letto come un'esclusione di poter formulare istanze di accesso da parte di soggetti pubblici nei confronti di documenti in possesso di altre pubbliche amministrazioni. In realtà, anche la giurisprudenza più risalente aveva considerato del tutto pacifico l'inserimento delle amministrazioni pubbliche tra i soggetti interessati all'accesso.

Cfr. TAR Lazio, sez. III, 21 marzo 2001, n. 2223, in questa *Rivista TAR*, 2001, 1321 ss., secondo il quale sebbene i rapporti tra enti pubblici siano regolati da specifiche figure organizzative, che tengono conto anche delle rispettive esigenze di conoscenza degli atti, può configurarsi un diritto di accesso ai documenti amministrativi in capo ad un ente che esprima bisogni collettivi di terzi, di cui esso è portatore, oppure valori o esigenze tendenzialmente confliggenti con quelli della pubblica amministrazione di cui si chiedono i documenti.

dell'acquisizione di documenti è retto dal principio della leale collaborazione — che evidentemente rinvia al principio costituzionale espresso dall'art. 120, c. 2, Cost. — applicato al più generale modello organizzativo della pubblica amministrazione che vede, almeno in astratto, i diversi soggetti pubblici in una posizione paritaria e quindi equiordinata, a tal punto da non dover immaginare l'esercizio di un vero e proprio diritto di accesso, sostituito da una leale collaborazione istituzionale reciproca tra pubblici poteri. Da questo deriverebbe anche l'esclusione, in riferimento ai soggetti pubblici, dell'esistenza di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, come, invece, disposto dall'art. 22, c. 1, lett. b), in riferimento alla generalità dei soggetti privati « interessati ».

Pur comprendendo che le finalità del legislatore del 2005 siano da ricondurre ad esigenze di celerità, di flessibilità e di semplificazione anche, e forse soprattutto, nei rapporti tra le pubbliche amministrazioni, la modalità di acquisizione dei documenti amministrativi da parte dei soggetti pubblici pare possa sottoporsi ad una serie di considerazioni critiche, alcune di carattere generale e altre più puntuali (31).

Innanzitutto, quanto disposto dal c. 5 dell'art. 22 rende più complessa, e quindi non semplifica, la modalità di esercizio del diritto di accesso proprio nel momento in cui si dispone un procedimento diverso di acquisizione dei documenti amministrativi sulla base di profili meramente soggettivi, pubblico o privato, pur nell'unitarietà del fondamento costituzionale e del profilo teleologico dell'accesso. Infatti, sia il diritto di accesso, sia l'acquisizione dei documenti amministrativi sono strumentali al medesimo principio della trasparenza dell'azione amministrativa, a prescindere dal soggetto istante. Anzi, forse proprio la peculiarità del soggetto pubblico e soprattutto l'estrema rilevanza del fine pubblico dell'azione amministrativa avrebbero dovuto far immaginare al legislatore una modalità di accesso dei soggetti pubblici sostenuta non da una « leale collaborazione » dai confini non sempre ben definiti. Probabilmente, il legislatore del 2005, nella previsione del c. 5 dell'art. 22, ha voluto, se pur implicitamente, sostenere la diversità esistente, forse sempre più in astratto, tra un rapporto « paritario » tra le pubbliche amministrazioni e un rapporto di tipo « gerarchico » tra una pubblica amministrazione e un soggetto privato.

Secondo tale modello, il soggetto privato, disponendo di un vero e proprio diritto di accesso, verrebbe messo nelle condizioni di tutelarsi nei confronti di un'amministrazione che neghi l'accesso, mentre, di contro, si esclude, a priori, che un'amministrazione possa tutelarsi nei riguardi di un'altra amministrazione, nella medesima evenienza di un diniego, perché il rapporto paritario da una parte e il principio di leale collaborazione dall'altra non dovrebbero nemmeno far sorgere il

(31) Il tema non è di certo nuovo. Già in passato, il Cons. St., comm. spec., 3 febbraio 1997, n. 1137, in *Gior. dir. amm.*, 1997, 115, aveva affermato, in relazione ai rapporti tra pubbliche amministrazioni, la necessità di avvalersi di soluzioni diverse, quali meccanismi di coordinamento, di vigilanza, di direzione o di semplice collaborazione tra uffici.

In questi termini si è espresso Cons. St., sez. V, 7 novembre 2008, n. 5573, in questa *Rivista C.d.S.*, 2008, 3033 ss..

problema di una necessità di tutela, partendo dal principio secondo il quale tra le amministrazioni i documenti e le informazioni circolano, o dovrebbero circolare, sempre e comunque (32).

Forse il profilo critico di partenza è proprio quest'ultimo. Il legislatore del 2005 ha considerato il rapporto paritario tra amministrazioni e il conseguente reciproco e incondizionato scambio di documenti amministrativi e d'informazioni come un assioma, ossia come un principio che viene assunto come vero perché ritenuto evidente o perché fornisce il punto di partenza di un quadro teorico di riferimento, mentre, in realtà, sembra soltanto un'ipotesi tutta da dimostrare. Infatti, pare di poter dire, almeno in termini generali, che se tutte le pubbliche amministrazioni presentano una parità oggettiva, svolgendo un'attività funzionalizzata al pubblico interesse, allo stesso tempo non sempre tutte le amministrazioni si trovano in una posizione di parità soggettiva, anche semplicemente per dimensioni territoriali, organizzative e finanziarie, a tal punto da condizionare i rapporti (anche di forza) tra loro. Quindi immaginare un generalizzato impiego del principio di leale collaborazione, nel caso specifico del diritto di accesso di cui si tratta, ma la riflessione potrebbe essere estesa anche ad altri ambiti, pare non tenere in debito conto l'evidente differenza che spesso intercorre tra pubbliche amministrazioni.

A fondamento di quanto appena affermato si propongono altre considerazioni.

Innanzitutto pare opportuno ricordare la disposizione dell'art. 22, l. n. 241/1990, prima della riforma del 2005, secondo la quale il diritto di accesso era riconosciuto a chiunque avesse « un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti », a cui fece seguito quanto statuito dall'art. 9, d.P.R. n. 352/1992, il quale prevedeva espressamente le amministrazioni pubbliche tra i soggetti legittimati al diritto di accesso (33).

In secondo luogo, pare di altrettanto rilievo l'attuale previsione dell'art. 5, c. 4, del d.P.R. n. 184/2006, il quale, in riferimento all'accesso informale, dispone che la richiesta « ove provenga da una pubblica amministrazione » è presentata dal titolare dell'ufficio interessato o dal responsabile del procedimento amministrativo.

(32) Sul punto v. R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, VIII, 543 ss., il quale sottolinea il dovere d'informazione reciproca in capo a soggetti operanti all'interno della compagine amministrativa. Di contro, M. MIRABELLA considera la previsione del c. 5 dell'art. 22, uno strumento per evitare un accesso indiscriminato da parte delle amministrazioni agli atti in possesso di altre, limitando l'accesso alle effettive necessità istituzionali dell'ente. Cfr. M. MIRABELLA, a cura di, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 532.

In giurisprudenza, v. Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2007, n. 187, in questa *Rivista C.d.S.*, 2007, 125 ss., in cui si afferma che se la tutela dell'art. 22, l. n. 241/1990, è apprestata a favore del soggetto privato inteso come parte debole nei confronti della pubblica amministrazione, analoga tutela deve essere apprestata alla pubblica amministrazione quando si trovi nella stessa posizione di debolezza nei confronti del privato investito di una funzione pubblica, qual è la situazione di una Usl di fronte all'istituto di credito tesoriere, che sia depositario delle somme appartenenti alla stessa Usl e che rifiuti di prestare il dovuto onere di collaborazione.

(33) In dottrina, in proposito, v. S. CIMINI, *Accesso ai documenti e riservatezza*, cit., 407 ss.; G. PUBUSA, *Il nuovo diritto di accesso (parte prima)*, in *Il diritto dell'economia*, 2005, 349 ss.

Tale disposizione, pertanto, utilizzando il termine « accesso » in luogo di « acquisizione », come il c. 5 dell'art. 22, potrebbe far propendere per una reintroduzione *ex post* delle amministrazioni pubbliche tra i soggetti « interessati » al diritto di accesso, in evidente contrasto con l'art. 22, c. 1, lett. b) e c. 5, della legge sul procedimento (34), ma, allo stesso tempo, in perfetta sintonia con quanto disposto dagli artt. 9 e 10 della medesima legge, in riferimento alla partecipazione procedimentale delle amministrazioni pubbliche.

Una'altra considerazione è che si ricollega alla prima deve essere svolta in riferimento alla possibile tutela dell'acquisizione di documenti amministrativi da parte di un'amministrazione nei confronti di un'altra.

In altri termini, ci si domanda come si tutela tale acquisizione qualora un'amministrazione, contrariamente al principio della leale collaborazione, neghi ad un'altra l'acquisizione di documenti amministrativi e di informazioni in suo possesso.

Infatti, mentre l'art. 25, c. 5 e 6, della l. n. 241/1990, prima del 2005, e oggi il rito speciale in tema di accesso dell'art. 116 c.p.a. prevedono espressamente un'azione a tutela del diritto di accesso, dopo il 2005, tale azione sembra preclusa solo per le amministrazioni pubbliche, non disponendo di un vero e proprio diritto di accesso, ma di un ben diverso « diritto all'acquisizione ». Pertanto, un'amministrazione pubblica che voglia tutelarsi dovrebbe impiegare altri strumenti di tutela che di certo ne ridurrebbero palesemente l'effettività. Potrebbe ricorrere in via amministrativa, ma con i ben noti limiti di tale rimedio in termini di certezza del diritto ovvero potrebbe esperire un « rito ordinario » dinanzi al giudice amministrativo che, tuttavia, produrrebbe una evidente disparità di trattamento tra i soggetti privati « interessati » di cui all'art. 22, c. 1, lett. b) e i soggetti di cui all'art. 22, c. 5, perché questi ultimi non potrebbero impiegare gli strumenti processuali offerti dall'art. 116 c.p.a. caratterizzati da una accentuata rapidità e di cui dispongono di contro i soggetti privati (35).

In definitiva, l'acquisizione di cui al c. 5 dell'art. 22 rappresenta una forma di accesso a tutela attenuata come punto intermedio tra un diritto di accesso di cui all'art. 22, c. 1, lett. b), con una tutela effettiva dei cd. « interessati » e, all'opposto, un auspicabile accesso incondizionato, con una tutela *in re ipsa*, da parte delle amministrazioni pubbliche attraverso previsioni di accesso telematico tra pubbliche amministrazioni. Se, infatti, si parte del presupposto che tra amministrazioni vige un rapporto paritario e che l'accesso deve essere reso più flessibile attraverso il principio della leale collaborazione, probabilmente sarebbe stato utile allo scopo non tanto prevedere una semplice acquisizione tra amministrazioni secondo la leale

(34) V. N. SAIITA, *Le mezze novità giurisprudenziali e normative in materia di accesso*, in *www.giustamm.it*, il quale ha affermato che all'indomani dell'adozione del nuovo regolamento in materia di accesso si è avuta una disciplina non poco intricata, che, essendo ripartita in due distinti testi normativi — di rango diverso, ma con uno di essi costituito da una forma speciale di regolamento, idoneo in astratto ad equipararsi all'altro e quindi cronologicamente a prevalere su di esso — comporta sempre problemi di coordinamento e di eventuale reciproco adattamento.

(35) Sul punto, v. A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1012.

collaborazione che comunque prevede un'istanza di parte e una risposta a tale istanza da parte dell'amministrazione che detenga il documento, ma piuttosto un rinvio alle disposizioni dell'art. 52, d.lgs. n. 82/2005 (36). Tale articolo disciplina l'accesso telematico delle pubbliche amministrazioni che presuppone la creazione di una banca dati contenente tutti i provvedimenti delle amministrazioni e liberamente accessibili da parte di altre amministrazioni, con una limitazione nel caso si verifichi l'esigenza di protezione delle posizioni di titolari di informazioni riservate contenute nel documento.

Se, invece, il modello di accesso deve rimanere quello del c. 5 dell'art. 22, forse sarebbe stato quantomeno opportuno prevedere, a completamento del quadro, una modalità più efficace di soluzione delle possibili controversie tra amministrazioni, partendo anche dal presupposto che un principio trova applicazione tramite un precetto qualora vi sia un adeguato sistema sanzionatorio in grado di farlo rispettare. A tale proposito non pare vi siano ostacoli nell'attribuire tale funzione alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 27, l. n. 241/1990, dopo aver previsto ovviamente le opportune modifiche strutturali e organizzative di tale soggetto (37).

Per ovviare a questi possibili profili critici derivanti da una interpretazione letterale dell'art. 22, c. 1, lett. b) e c. 5, parte della giurisprudenza amministrativa (38), come si anticipava, ha sostenuto che l'istanza di accesso presentata da

(36) B. GUALTIERI, *La trasparenza nell'attività della pubblica amministrazione*, in M. QUARANTA, a cura di, *Il codice della pubblica amministrazione digitale*, Napoli, 2006, 121 ss..

Secondo i principi fondamentali sanciti dal Codice, le pubbliche amministrazioni devono rendere disponibili all'utilizzo da parte di altre amministrazioni i dati di cui sono in possesso, attraverso le tecnologie informatiche e telematiche. Ciascuna pubblica amministrazione titolare di dati è, quindi, tenuta a renderli accessibili nell'ambito del Sistema Pubblico di Connettività ad altri soggetti pubblici che ne fanno richiesta per lo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

(37) Giova ricordare, tuttavia, che anche la Commissione si era mostrata contraria all'applicazione del diritto di accesso tra amministrazioni. Si rinvia al verbale della Commissione 8 maggio 1996, n. 26, consultabile in www.governo.it. Sul ruolo della Commissione si rinvia ai contributi di I.F. CARAMAZZA e M.A. SANDULLI, in *Atti del Convegno Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, cit.. Vengono espresse considerazioni critiche da I. CARAMAZZA nei confronti del legislatore del 2005 per non aver dotato la Commissione di poteri istruttori e sanzionatori. La mancanza di tali poteri (tipici delle Autorità indipendenti) è stata più volte lamentata anche dalla stessa Commissione.

(38) Cons. St., sez. V, 27 maggio 2011, n. 3190, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 1, 58, nota di M. COCCONI, *L'acquisizione di documenti da parte di soggetti pubblici: diritto di accesso o principio di leale collaborazione?*

Il giudice d'appello considera che la menzione legislativa della « leale collaborazione » non può essere intesa come preclusiva dell'applicabilità dell'istituto dell'accesso nei confronti dei soggetti pubblici aspiranti ad un'acquisizione documentale; specialmente in presenza di un « sistema » di soggetti pubblici tanto pletorico e disarmonico come quello nazionale, il giudice d'appello ritiene che non vi sarebbe ragione di ritenere riservato ai privati il diritto di accesso che offre il non trascurabile vantaggio di uno statuto di precise garanzie e di tutela giuridica anche in sede giudiziale, in luogo dell'ostensione documentale sottoposta alle incognite di una collaborazione spontanea. In definitiva, la pubblica amministrazione deve disporre di una tutela di base almeno equivalente a quella accordata dalle

soggetti pubblici non debba essere sostenuta esclusivamente dalle incognite derivanti dalla leale collaborazione; pertanto, l'applicazione di quest'ultimo non è pensato come sostitutivo del diritto di accesso, ma come strumento per intensificare i contenuti stessi del diritto di accesso, qualora le parti in causa siano due soggetti pubblici. Si giunge, così, ad una interpretazione estensiva e non letterale dell'art. 22, c. 1, lett. b), individuando nei « soggetti portatori di interessi pubblici » anche le amministrazioni pubbliche.

In tale prospettiva, il principio di leale collaborazione non sarebbe concepito, sempre secondo l'interpretazione giurisprudenziale, come sostitutivo della possibilità di impiegare, da parte delle amministrazioni pubbliche, le garanzie sostanziali e processuali che solo il diritto di accesso può offrire, ma, di contro, si presenterebbe come accrescitivo dell'intensità dell'obbligazione di esibizione dei documenti.

Pur condividendo le argomentazioni del Consiglio di Stato, pare di poter dire che questa, probabilmente, non sia stata la reale intenzione del legislatore (39). Infatti, se, come la certezza del diritto richiede, ci atteniamo ad una esegesi letterale del dettato legislativo, l'art. 22, c. 1, lett. b), considera « soggetti interessati » i « soggetti privati », nel cui ambito vengono ricompresi i soggetti privati portatori di interessi pubblici o diffusi e pare di poter dire, contrariamente a quanto implicitamente argomentato dal Consiglio di Stato, che le pubbliche amministrazioni non siano « soggetti privati portatori di interessi pubblici o diffusi ».

A ciò si aggiunga la rilevanza attribuita, con un comma specifico, il c. 5, al principio della leale collaborazione da applicare non già al « diritto di accesso », ma alla « acquisizione di documenti ».

In definitiva, la giurisprudenza amministrativa, nel ricondurre comunque i soggetti pubblici nell'alveo dei soggetti interessati al diritto di accesso, tenta solo di colmare una evidente lacuna, sotto il profilo soggettivo, dell'art. 22, c. 1, lett. b) e c. 5, il quale, nell'accesso ai documenti amministrativi tra amministrazioni, non pare tutelare né il terzo controinteressato, non più assistito dai filtri dell'art. 24 della l. n. 241/1990 né la stessa amministrazione richiedente dinanzi ad un diniego.

4. *Il diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali: esecuzione del mandato o privilegio incondizionato?*

Se il passaggio da un « diritto di accesso » ad un « diritto all'acquisizione » di documenti amministrativi da parte delle amministrazioni pubbliche ha comportato, almeno pare, con la riforma della l. n. 241/1990 operata dalla l. n. 15/2005, una

norme generali del diritto pubblico alla generalità dei consociati. Esprime un parere conforme al Consiglio di Stato, TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 8 luglio 2011, n. 6063, in www.giustamm.it, 7/2011, secondo il quale è da escludersi che il principio di leale collaborazione tra pubbliche amministrazioni possa essere invocato quale preclusione della ordinaria procedura di accesso ai documenti di una pubblica amministrazione da parte di un'altra amministrazione.

(39) In dottrina, M.A. SANDULLI, Atti del Convegno, cit., considera il c. 5 come la creazione di un rapporto diretto tra amministrazioni che prescinde dal diritto di accesso.

riduzione dell'effettività della tutela delle amministrazioni richiedenti, un modello ben diverso di accesso è previsto dall'art. 43 del d.lgs. n. 267/2000, nello specifico riferimento al diritto di accesso esercitato dai consiglieri comunali e provinciali (40).

L'art. 43, c. 2, ha di certo un evidente carattere derogatorio rispetto alla disciplina generale del diritto di accesso, prevedendo che « i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente indicati dalla legge ».

Tale disposizione, proprio per il carattere fortemente derogatorio, è stata al centro di un ampio e controverso dibattito, vedendo, da una parte, amministrazioni in posizione di chiusura nei confronti di richieste di accesso pressoché illimitate e dall'altra consiglieri comunali e provinciali che hanno utilizzato l'ampiezza di tale istituto per un interesse pubblico connesso al mandato loro conferito. Pertanto, il problema di fondo della questione, e che la giurisprudenza ha dovuto affrontare, è rappresentato dall'esigenza di dover bilanciare il diritto del consigliere a svolgere tutti gli atti connessi all'esercizio del proprio mandato con l'esigenza al tempo stesso di non aggravare eccessivamente, ossia ben oltre i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, la corretta funzionalità dell'amministrazione comunale (41).

A tale fine la giurisprudenza, interpretando gli artt. 10 e 43 del d.lgs. n. 267/2000, ha contribuito alla definizione di tre caratteri peculiari del diritto di accesso in esame.

Innanzitutto, procedendo schematicamente, è da configurare in capo ai consiglieri una specifica e autonoma legittimazione soggettiva all'accesso, in fun-

(40) Da ultimo, in tema di diritto di accesso nelle regioni e negli enti locali, v. R. NANIA, *Il diritto di accesso nell'esperienza delle Regioni e degli enti locali*, Atti del Convegno *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, cit., F. MANGANARO, *L'accesso agli atti e alle informazioni degli enti locali*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1066 ss. e bibliografia ivi citata; M. BOMBARDELLI, *L'esercizio del diritto di accesso da parte dei consiglieri comunali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 10, 1112 ss.; M.A. SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 2002, 554 ss..

(41) Cfr. Cons. St., sez. V, 29 agosto 2011, n. 4829, in questa *Rivista C.d.S.*, 2011, 2459, in cui si afferma che « i consiglieri comunali godono di un non condizionato diritto di accesso, strettamente funzionale all'esercizio del mandato, alla verifica e al controllo del comportamento degli organi istituzionali decisionali dell'ente locale ai fini della tutela degli interessi pubblici ed è peculiare espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività ».

In questi termini, v., inoltre, TAR Sardegna, sez. I, 16 gennaio 2008, n. 32, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 10, 1111 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. VI, 2 dicembre 2010, n. 26573, in questa *Rivista*, 2011, 569, nota di G. CERESSETTI, *Il diritto di accesso dei consiglieri agli atti preparatori al procedimento tributario tra segretezza ed esigenze di rappresentanza democratica*.

zione dello svolgimento dei compiti d'indirizzo e di controllo di competenza del consiglio comunale e provinciale (42).

Tale legittimazione, quindi, è ben diversa da quella riconosciuta, ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 267/2000, ai cittadini, singoli e associati, nei confronti degli atti del comune o della provincia, come del resto è ben diversa dalla quella riconosciuta dall'art. 22, c. 1, lett. b), della l. n. 241/1990. Infatti, mentre gli artt. 10 e 22 citati prevedono un diritto di accesso al fine di poter operare la tutela di situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese, per i consiglieri il diritto di accesso non è solo strumentale all'esercizio del proprio mandato e al fine di un'attività di controllo nei confronti dell'ente in cui espletano il proprio mandato, ma è semplicemente e genericamente utile al proprio mandato (43). Anzi, l'esercizio della funzione pubblica non è legato al solo periodo del mandato consiliare, ma si estende anche agli atti antecedenti l'assunzione della carica di consigliere, in quanto la funzione di controllo deve essere svolta su tutta l'attività, quindi anche pregressa, dell'amministrazione (44).

Pertanto, la legittimazione soggettiva dei consiglieri è assicurata dalla qualità di consigliere, guidato dal principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività (45), senza dover riscontrare in capo al richiedente altre situazioni legittimanti specifiche e da indicare nell'istanza di accesso (46). Tale legittimazione soggettiva attiva è propria dei consiglieri comunali e provinciali e ben si differenzia da quella dei soggetti privati, ai quali è precluso, prima per costante orientamento della giurisprudenza (47) e ora per espressa previsione dell'art. 24, c. 3, l. n. 241/1990, l'esercizio del diritto di accesso

(42) Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4855, in questa *Rivista C.d.S.*, 2006, 2170 ss.; TAR Abruzzo, 29 maggio 2006, n. 386, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 7 aprile 2006, n. 970, in questa *Rivista TAR*, 2006, 1204 ss..

(43) La giurisprudenza è costante sul punto. Cfr. Cons. St., sez. IV, 21 ottobre 2008, n. 5148, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che «la disposizione del regolamento comunale che, in materia di accesso agli atti dei consiglieri comunali e provinciali, limita l'accesso agli atti e documenti indispensabili all'esercizio del mandato, anziché a quelli semplicemente utili, come previsto dall'art. 43, c. 2, d.lgs. n. 267/2000, è illegittima e deve essere disapplicata, in quanto in contrasto con l'indicata norma di legge». Negli stessi termini, v. Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4855, in questa *Rivista C.d.S.*, 2006, 2170 ss.; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879, in questa *Rivista C.d.S.*, 2005, 3326, nota di A. PALMIERI.

In questi termini, in dottrina, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 654.

(44) V. TAR Abruzzo, 16 dicembre 2004, n. 1100, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, F. MANGANARO, op. ult. cit., 1083.

(45) Cons. St., sez. V, 23 settembre 2010, n. 6963, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 2, 1286 ss.; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879, cit..

(46) V. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 26 maggio 2006, n. 1762, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, Napoli, sez. I, 16 marzo 2006, n. 3026, in questa *Rivista TAR*, 2006, 1073 ss..

(47) Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2283, in *Cons. St.*, 2002, I, 899; Cons. St., sez. V, 8 settembre 2003, n. 5034, in *Cons. St.*, 2003, I, 1913 ss..

come forma di azione popolare e di controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni (48).

La configurazione autonoma e del tutto peculiare dei consiglieri, inoltre, implica anche l'assenza di una specifica motivazione in cui sia indicato l'interesse legittimante l'accesso (49). Infatti, la precisazione che la richiesta di accesso sia avanzata nell'espletamento del mandato basta a giustificare l'accesso senza che occorra una precisazione ulteriore circa le specifiche ragioni della richiesta. Allo stesso tempo, il comune e la provincia non hanno alcun potere di operare uno scrutinio di merito sull'interesse dei propri consiglieri a ottenere le informazioni richieste né, in generale, a sindacare il rapporto tra la richiesta di accesso e l'esercizio del mandato. In caso contrario, evidentemente, l'amministrazione condizionerebbe e limiterebbe l'ambito di controllo sul proprio operato (50).

Passando al profilo oggettivo, il diritto di accesso dei consiglieri è riconosciuto nei confronti di notizie e di informazioni in possesso delle amministrazioni — e delle società partecipate dal comune per la gestione dei servizi pubblici locali, anche in assenza dei presupposti del cd. *in house providing* (51) — e non solo atti e documenti, superando il profilo oggettivo dell'art. 22, c. 1, lett. b) e d), che fa espressamente riferimento a documenti amministrativi già formati (52).

In riferimento all'oggetto del diritto di accesso dei consiglieri, la giurispru-

(48) L'accesso dei consiglieri non è, tuttavia, illimitato e il divieto di un controllo generalizzato opera anche nei loro riguardi.

Ex multis, v. TAR Puglia, Bari, sez. I, 4 novembre 2010, n. 3859, in www.giustamm.it, 11/2010, in cui si afferma che è legittimo il diniego alla richiesta di un consigliere comunale di ottenere la password di accesso al sistema informatico del comune al fine di prendere visione, in particolare, del programma di contabilità, qualora l'ente non si sia dotato di un sistema informatico articolato in diversi livelli di operatività corrispondenti a diversi profili di accesso, ossia non vi siano profili di accesso al software di « sola lettura » e dunque l'utente in possesso di login e password, nell'attuale configurazione del sistema, possa non soltanto prendere visione dei dati, ma anche liberamente modificarli.

(49) Cons. St., sez. I, 26 maggio 2010, n. 1858, in questa *Rivista C.d.S.*, 2010, 5, 1112 ss.; Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2004, n. 790, in www.giustizia-amministrativa.it.

(50) In questi termini, v. Cons. St., sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, Napoli, sez. I, 16 marzo 2006, n. 3026, cit..

(51) Viene ritenuta legittima l'istanza di accesso di un consigliere comunale per delibere di una società mista a partecipazione pubblica maggioritaria (TAR Piemonte, Torino, sez. I, 15 febbraio 2010, n. 934, in www.giustizia-amministrativa.it) o di una società consortile di cui il comune detiene solo una piccola percentuale (TAR Campania, Napoli, sez. V, 28 gennaio 2010, n. 448, in www.giustizia-amministrativa.it).

Da ultimo v. TAR Lazio, Roma, sez. III ter, 12 luglio 2012, n. 6364, in www.giustamm.it, 7/2012, in cui si afferma che in tema di diritto di accesso, tra gli atti di diritto privato adottati da gestori di servizi pubblici sono ostensibili non solo quelli funzionalmente inerenti alla gestione di interessi collettivi — come gli atti afferenti alle scelte organizzative — ma anche quelli relativi alla residuale attività del gestore caratterizzata dalla « strumentalità » rispetto al servizio pubblico e, dunque, dalla funzionalizzazione ad un interesse pubblico che sia prevalente rispetto a quello imprenditoriale. In particolare detta strumentalità delle attività residuali è evidente se il gestore è integralmente sotto la mano pubblica ed è soggetto per statuto ad un vincolo di scopo pubblicistico.

(52) V. Cons. St., sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471, cit.; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879, cit..

denza ha posto due limiti, uno operante nei confronti dei consiglieri e l'altro nei riguardi delle amministrazioni di appartenenza.

Secondo il primo, pur riscontrando una certa oscillazione giurisprudenziale (53), anche i consiglieri comunali e provinciali non possono utilizzare l'accesso per operare, sul piano oggettivo, un controllo generalizzato dell'operato dell'amministrazione e, a tal fine, si ha l'onere di specificare l'oggetto dell'accesso attraverso l'indicazione degli elementi che consentono una sua identificazione (54).

Passando, poi, al secondo limite, le amministrazioni non potrebbero opporsi alla richiesta di informazioni e di notizie sulla base dell'assenza di una utilità.

Sul punto si è formata una giurisprudenza costante secondo la quale il riferimento all'utilità delle informazioni e delle notizie richieste non va inteso in senso limitativo dell'accesso, bensì al contrario in senso ampliativo, come presupposto per l'estensione del diritto a tutte le informazioni e le notizie che, a qualsiasi titolo, siano ritenute utili dal consigliere per l'esercizio del suo mandato (55). Qualora, invece, l'amministrazione ritenga opportuno limitare il diritto di accesso dei propri consiglieri, dovrà farlo in casi eccezionali e contingenti, da motivare in modo puntuale e adeguato e dimostrando che il consigliere agisca per interesse personale. In caso contrario si determinerebbe un illegittimo ostacolo all'esercizio del *munus* pubblico di cui il consigliere è investito (56).

Infine, un terzo e ultimo profilo caratterizzante il tema *de quo* riguarda l'eventuale riservatezza delle informazioni richieste che non costituisce di per sé un limite all'accesso del consigliere, dal momento che tale richiesta è avanzata nell'esercizio

(53) Sul requisito dell'eventuale genericità dell'istanza di accesso si riscontra una certa oscillazione della giurisprudenza. La domanda di accesso non deve essere generica secondo TAR Sardegna, sez. II, 12 gennaio 2007, n. 29, in questa *Rivista TAR*, 2007, 312 ss.; TAR Calabria, sez. I, 27 novembre 2008, n. 1535, in questa *Rivista TAR*, 3144 ss.; TAR Toscana, sez. I, 11 novembre 2009, n. 1607, in questa *Rivista TAR*, 2009, 3106 ss., secondo le quali la richiesta di un numero indefinito di atti identificato solo per tipologia è stata ritenuta illegittima perché del tutto generica, mentre, di contro, non sono state ritenute illegittime le richieste di tutte le determinazioni dirigenziali di aggiudicazione delle gare, i permessi di costruire e le d.i.a. dell'ultimo biennio (TAR Campania, Napoli, sez. V, 16 marzo 2006, n. 3026, in questa *Rivista TAR*, 2006, 1073) ovvero l'elenco delle concessioni edilizie rilasciate in un certo lasso di tempo, l'elenco delle opere pubbliche appaltate dal comune nello stesso periodo, con l'allegazione di tutti i relativi progetti (Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4855, in questa *Rivista C.d.S.*, 2006, 2170).

(54) In dottrina esprime un parere contrario F. MANGANARO, op. ult. cit., 1085, il quale, nel conflitto di opinioni giurisprudenziali, considera preferibile quell'interpretazione estensiva che ammette un controllo generalizzato dei consiglieri sugli atti amministrativi degli enti locali, in forza del loro ruolo specifico.

(55) Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 435, nota di F. COLAPINTO.

(56) In questi termini, Cons. St., sez. IV, 22 novembre 2006, n. 6855, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sardegna, sez. I, 23 giugno 2010, n. 1555, in *www.giustamm.it*, 6/2010, in cui si afferma che ai sensi dell'art. 43 del d.lgs. n. 267/2000, al consigliere comunale non può essere opposto alcun diniego di accesso agli atti del comune (salvo i pochi casi eccezionali e contingenti, da motivare puntualmente e adeguatamente, e salvo il caso — da dimostrare — che lo stesso agisca per interesse personale), determinandosi altrimenti un illegittimo ostacolo al concreto esercizio della sua funzione, che è quella di verificare che il sindaco e la giunta municipale esercitino correttamente la loro funzione.

di precise funzioni istituzionali nel cui espletamento il consigliere è tenuto al segreto come previsto anche dagli artt. 622 c.p. e 200 c.p.p. (57). È, dunque, lo stesso art. 43, c. 2, del d.lgs. n. 267/2000, a prevedere implicitamente che ai consiglieri comunali e provinciali possano essere comunicati anche i dati personali compresi nelle informazioni e nelle notizie ritenute utili all'espletamento del mandato e a dare la base legislativa che soddisfa le condizioni previste sia dalla l. n. 241/1990, sia dal d.lgs. n. 196/2003 per il trattamento dei dati personali. La giurisprudenza è costante nel sostenere tale possibilità sulla base della stessa previsione di legge la quale ha sancito un esplicito vincolo al segreto, altrimenti privo di significato. Allo stesso tempo, tuttavia, il diritto di accesso dei consiglieri non può essere esercitato nei confronti di atti (quale un parere dell'Avvocatura comunale relativo ad un processo pendente) da considerare segreti. Infatti, non può ritenersi che il consigliere, in tale veste, possa accedere a tutti i documenti, anche segreti, dell'amministrazione, assumendo solo l'obbligo di non divulgare le relative notizie (58).

Il quadro così delineato mette in evidenza le peculiarità del diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali e ci permette di fare qualche riflessione conclusiva.

Il diritto di accesso, come si è più volte ripetuto, vale a tutelare interessi individuali, e non solo, di ampiezza tale da incontrare solo il limite della giuridicità e, allo stesso tempo, è collegato ad una riforma di fondo della pubblica amministrazione. Quest'ultima è ispirata ai principi di democrazia partecipativa, della pubblicità e della trasparenza dell'azione amministrativa e s'inserisce a livello europeo « nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e all'attività amministrativa, quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi e soverchierie degli apparati pubblici latamente intesi » (59).

Se questo è il fondamento comune sia dell'acquisizione da parte delle amministrazioni pubbliche, sia del diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali, pare esserci un'incoerenza normativa di fondo nel prevedere due diverse modalità di accesso.

Da una parte vi è un'amministrazione per la quale è stata prevista un'acquisizione di documenti amministrativi, guidata dal principio di leale collaborazione, ma che può avere degli effetti negativi nei termini sopra indicati, se le disposizioni della l. n. 241/1990 vengono applicate in modo letterale. In questi termini, l'acqui-

(57) Si veda Cons. St., sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2434, in questa *Rivista C.d.S.*, 2011, 1311 ss.; Cons. St., sez. V, 17 settembre 2010, n. 6963, in questa *Rivista C.d.S.*, 2010, 1870 ss.; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879, cit.; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004, n. 2716, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7900, in questa *Rivista C.d.S.*, 2004, 3566 ss.; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 5 maggio 2012, n. 190, in *www.giustammi.it*, 5/2012; TAR Campania, Napoli, sez. VI, 2 dicembre 2010, n. 26573, in questa *Rivista TAR*, 2010, 3969 ss.; TAR Liguria, sez. II, 5 marzo 2009, n. 280, in questa *Rivista TAR*, 2009, 670 ss.; TAR Lombardia, Brescia, 7 marzo 2005, n. 128, in questa *Rivista TAR*, 2005, 636 ss..

Sul tema, v. M. FRANCHI, *Le limitazioni del diritto di accesso ai pareri dell'avvocatura dello Stato rilasciati alla pubblica amministrazione*, in *TAR*, 2005, 355 ss..

(58) In questi termini, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 1099.

(59) Cfr. CGA, 16 novembre 2011, n. 846, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

sizione diretta come strumento di attuazione dei principi di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza viene ridimensionata dinanzi a possibili dinieghi di accesso che andrebbero a condizionare l'effettività della tutela dell'amministrazione richiedente e così, allo stesso tempo, i principi cardine della legge sul procedimento. Dall'altra, siamo in presenza di consiglieri comunali e provinciali che per dare esecuzione al proprio mandato democratico godono di un accesso incondizionato e in gran parte illimitato, non applicando i principi della l. n. 241/1990. Evidenziata tale differenza, si ritiene opportuno precisare che tale ultimo accesso non sia un privilegio incondizionato, ma un diritto soggettivo pubblico funzionalizzato all'esercizio del mandato degli stessi consiglieri, consentendo ai medesimi un più intenso potere di verifica e di controllo del comportamento, anche pregresso, dell'amministrazione (60). Probabilmente, la tradizionale differenza di disciplina in materia di accesso tra la l. n. 241/1990 e la l. n. 142/1990 prima e poi il d.lgs. n. 267/2000 avrebbe dovuto conoscere un riavvicinamento con la riforma operata dalla l. n. 15/2005 e con la previsione di un accesso alle informazioni e ai documenti tra amministrazioni negli stessi termini dell'accesso dei consiglieri comunali e provinciali, prevedendo, comunque, in entrambi i casi, l'applicazione del principio di leale collaborazione al fine di non aggravare eccessivamente, ossia ben oltre i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, la corretta funzionalità delle amministrazioni coinvolte (61).

In sintesi, superando le evidenti diversità soggettive tra un'amministrazione e i consiglieri comunali e provinciali e le rispettive legittimazioni e sostenendo al tempo stesso l'unitarietà del loro perseguimento di un interesse pubblico, si crede che si debba creare un modello unitario di accesso, maggiormente orientato ai principi costituzionali ed europei di trasparenza e di pubblicità dell'azione amministrativa; infatti, non si ritiene né legittimo né opportuno, a parità di fine pubblico, diversificare le modalità e l'intensità del diritto di accesso solo sulla base di mere diversità soggettive.

5. *Il diritto di accesso delle associazioni dei consumatori.*

L'art. 22, c. 1, lett. b), l. n. 241/1990, come modificata nel 2005, ha inserito il riferimento ai « portatori di interessi pubblici o diffusi » tra i soggetti interessati al diritto di accesso (62).

(60) Così si esprime M.A. SANDULLI, Atti del Convegno, cit..

(61) In questi termini si è anche pronunciato il Tribunale delle Comunità europee, sez. I ampliata, 15 aprile 2005, causa T-2/03, Verein für Konsumenteninformation c. Commissione, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 1, 29 ss., nota di P. CIRIELLI.

Sull'applicazione del principio di leale collaborazione anche in materia di accesso dei consiglieri comunali e provinciali, v. TAR Veneto, sez. I, 23 novembre 2006, n. 3897, in questa *Rivista TAR*, 2006, 11, 3477 ss..

(62) È ampia la bibliografia sul tema degli interessi collettivi e diffusi. Per un inquadramento generale si rinvia a M.A. SANDULLI, *Accesso*, cit., 6 ss.; R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale e amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, VIII, 487 ss.; ID., *Gli interessi superindividuali tra procedimento e processo: problemi e orientamenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1994; F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*

Il tema, soprattutto in riferimento alle associazioni dei consumatori — individuate dagli artt. 137 ss., d.lgs. n. 206/2005, Codice del consumo — è stato oggetto di un controverso dibattito dottrinale (63) e giurisprudenziale e sul quale da ultimo si è espresso anche il Consiglio di Stato, ad. plen., 24 aprile 2012, n. 7, in specifico riferimento al Codacons, spesso parte necessaria di controversie in materia di accesso (64).

Innanzitutto si deve sottolineare che la posizione costante e di maggioranza del giudice d'appello ha riconosciuto la legittimazione all'esercizio del diritto di accesso in capo a soggetti titolari di interessi diffusi, dopo aver verificato la rappresentatività dell'associazione o dell'ente esponenziale, oltre, ovviamente, alla congruenza con i fini statuari rispetto all'istanza di accesso. L'interesse a fondamento della richiesta di accedere a documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni sarà presente, e quindi sarà legittimo, qualora l'istanza sia strumentale alla tutela di interessi diffusi, direttamente connessi alla pretesa della collettività di riferimento alla trasparenza dell'azione amministrativa. Pertanto, la titolarità o la rappresentatività degli interessi diffusi non legittima un generalizzato e incondizionato diritto all'accesso a tutti i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nella definizione dell'art. 22, c. 1, lett. e) e art. 23, l. n. 241/1990, ma solo nei confronti di documenti amministrativi che in via diretta e immediata, e non via ipotetica, incidono sugli interessi della collettività di riferimento, ad esempio i consumatori nel caso del Codacons (65).

Treccani, 1989, XVIII; R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008.

(63) Ha espresso delle perplessità per un'applicazione generalizzata del diritto di accesso ai portatori degli interessi diffusi, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 451. Per un approccio estensivo, invece, v. G. MORIBIDELLI, in AA.VV., a cura di, *Diritto amministrativo*, cit., 669 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in S. CASSESE, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 1159 ss..

(64) La sentenza è consultabile nel sito www.giustamm.it, 4/2012.

L'Adunanza Plenaria, a conferma dell'orientamento di maggioranza del Consiglio di Stato, ha affermato che è riconosciuto al Codacons la legittimazione ad esercitare il diritto di accesso ai documenti amministrativi in relazione ad interessi che pertengono ai consumatori e utenti di pubblici servizi. Tuttavia, la disposizione dell'art. 22, l. n. 241/1990, pur riconoscendo il diritto di accesso a tali soggetti non ha introdotto alcun tipo di controllo popolare diretto a consentire un controllo generalizzato sull'amministrazione. La l. n. 15/2005 non solo ha introdotto nell'art. 24, della l. n. 241/1990, il c. 3, secondo cui sono inammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni, ma ha anche definito la figura del soggetto interessato all'accesso come quello che abbia un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.

(65) Sulla legittimazione delle associazioni dei consumatori, ora disciplinata dal d.lgs. n. 206/2005, v. Cons. St., sez. VI, 6 ottobre 2011, n. 5481, in questa *Rivista C.d.S.*, 2011, 3160 ss.; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2006, n. 555, in questa *Rivista C.d.S.*, 2006, nota di A. PALMIERI, *Legittimazione all'accesso ai documenti amministrativi: il caso dell'associazioni di tutela dei consumatori*.

Negli stessi termini, v. TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2010, n. 32099, in questa *Rivista TAR*, 2010, 2840, afferma che da un lato deve essere negato alle associazioni dei consumatori iscritte nel registro di cui all'art. 137 del codice del consumo un potere di vigilanza a tutto campo da esercitare a mezzo del diritto all'acquisizione conoscitiva di atti

Sempre per quanto attiene gli enti associativi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato che si è formata già prima del 2005 ha considerato legittimati all'accesso gli enti che si presentavano a tutela dell'interesse differenziato alla categoria rappresentata, escludendo la tutela di interessi propri dei singoli associati (66). Infatti, l'interesse tutelabile consiste in quello che attenga alle medesime associazioni in quanto tali, sia che si tratti di interesse relativo alle situazioni soggettive delle stesse associazioni, sia che si tratti di interesse relativo a situazioni, giuridicamente tutelate, e connesse con il fine delle associazioni medesime.

Questi principi giurisprudenziali, non sempre sostenuti in modo pacifico, sono stati recepiti dall'art. 22, c. 1, lett. b), della l. n. 241/1990, come modificata nel 2005, il quale nel definire i profili dei soggetti attivi del diritto di accesso ricomprende tra i soggetti privati interessati anche i portatori di interessi pubblici o diffusi, tra cui evidentemente le associazioni di consumatori, il cui diritto di accesso è indirizzato al gestore di un pubblico servizio al fine di consentire agli utenti di valutare con cognizione di causa la qualità della prestazione erogata (67). Anche questi soggetti devono provare di possedere un interesse diretto, concreto e attuale e che corrisponda ad una situazione giuridicamente tutelata connessa al documento di cui si chiede l'accesso (68). Di contro, non sono ammesse istanze di accesso finalizzate ad un controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni, confermando il carattere non popolare del diritto di accesso, come già sottolineato in precedenza dalla giurisprudenza amministrativa, confermato dal dettato normativo dopo il 2005 e, si deve precisare, in parte disatteso da una giurisprudenza di minoranza (69). Pertanto, un'associazione di consumatori non è titolare di una situazione giuridica soggettiva che le attribuisca un potere di vigilanza sull'ente che

e documenti che consentano preliminari verifiche in ordine al corretto esercizio di una funzione amministrativa, dall'altro, coniugando la disciplina contenuta nel predetto codice con quella dell'art. 22 e ss., l. n. 241/1990, deve essere ammessa l'ostensione a favore delle associazioni dei consumatori ed utenti dei documenti amministrativi relativi a pubbliche funzioni o servizi pubblici rivolti a consumatori ed utenti che incidano in via diretta e immediata e non in via meramente ipotetica e riflessa, sui loro interessi. Tale orientamento conferma il precedente Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 555, cit..

(66) *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2009, n. 2283, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 luglio 2005, n. 1165, in questa *Rivista TAR*, 2005, 2589 ss..

(67) Sul punto, v. A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, cit., 1019 ss..

In giurisprudenza, v. Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2008, n. 2921, in questa *Rivista C.d.S.*, 2008, 1816; TAR Lazio, Roma, sez. III, 24 febbraio 2009, n. 1967, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 860, nota di A. SIMONATI, *L'accesso ai documenti amministrativi e la tutela dei consumatori*; TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 febbraio 2007, n. 868, in questa *Rivista TAR*, 2007, 549 ss..

(68) V., in questi termini, Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 737, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Roma, sez. III *ter*, 26 settembre 2011, n. 7535, in questa *Rivista TAR*, 2011, 2756 ss..

(69) In contrasto con l'orientamento giurisprudenziale di maggioranza e, soprattutto, con il dettato normativo, vi è una giurisprudenza che ammette il diritto di accesso per una tutela di posizioni giuridiche meramente potenziali dell'istante.

V. TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 febbraio 2010, n. 1620, in questa *Rivista TAR*, 2010, 490; TAR Lazio, Roma, sez. III, 26 marzo 2008, n. 2599, in questa *Rivista TAR*, 2008, 747 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. V, 6 marzo 2008, n. 1136, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

offre un pubblico servizio, quanto piuttosto una legittimazione ad agire qualora vengano posti in essere comportamenti e atti che siano effettivamente lesivi dei soggetti che assume di rappresentare (70).

Se la disciplina normativa del diritto di accesso è preordinata ad assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa, anche al fine di assicurare l'efficienza dell'amministrazione e la legalità dell'ordinamento nel suo complesso, e se le associazioni di tutela dei consumatori valgono ad assicurare la tutela dell'interesse diffuso prima che questo cali nello specifico dei singoli rapporti contrattuali per la fornitura di beni e servizi, pare che negare, o comunque applicare il diritto di accesso in modo eccessivamente restrittivo, equivalga a vanificare le stesse finalità del diritto di accesso e, ovviamente, delle associazioni medesime.

In altri termini, è da condividere l'orientamento giurisprudenziale che sostiene la rappresentatività delle associazioni dei consumatori, pur negando un generalizzato e indifferenziato titolo per il diritto di accesso; ancora, è da condividere l'orientamento secondo il quale al diritto di accesso non corrisponde un'azione popolare; tuttavia, pare altrettanto condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale (71) che propone di superare, nello specifico delle associazioni dei consumatori — per le evidenti peculiarità del soggetto attivo, ben diverso da un qualunque soggetto privato interessato — le strette qualificazioni di un interesse definito dalla l. n. 241/1990; quantomeno questo dovrebbe valere sotto il profilo dell'attualità,

(70) Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 22 dicembre 2006, n. 5538, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si è riconosciuto l'interesse concreto e attuale di un'associazione di consumatori ad accedere a documenti, in possesso di Telecom S.p.A., ritenuti necessari al fine di valutare la vessatorietà della clausola con cui era stato disposto l'addebito in capo agli utenti delle spese postali di spedizione della bolletta telefonica. Il giudice di primo grado ha ribadito che nel caso di associazioni esponenziali delle categorie dei consumatori e degli utenti non si configura come un'azione popolare, ma postula sempre l'accertamento della sussistenza in concreto di un interesse differenziato della parte che richiede i documenti. Ciò in quanto la titolarità o la rappresentatività degli interessi diffusi non giustifica un generalizzato diritto all'acquisizione conoscitiva di atti e documenti finalizzato alla verifica di eventuali e non ancora definite forme di lesione all'interesse dei consumatori. Qualora, invece, detta lesione si sia già concretizzata, ben può configurarsi in capo all'associazione dei consumatori l'interesse a chiedere l'esibizione dei documenti che abbiano portata lesiva degli interessi dei consumatori e che possano essere utilizzati per la loro tutela.

In termini analoghi v. TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 24 febbraio 2009, n. 1697, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 8, 860, nota di A. SIMONATI, *L'accesso ai documenti amministrativi e la tutela dei consumatori*; TAR Puglia, sez. II, 17 aprile 2009, n. 896, in questa *Rivista TAR*, 2009, 1210 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 20 febbraio 2008, n. 1559, in questa *Rivista TAR*, 2008, 530 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 24 maggio 2007, n. 4807, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Sul diritto di accesso delle associazioni dei consumatori nei riguardi di dati e di notizie relative alle attività svolte dal difensore civico, v. Cons. St., sez. V, 7 novembre 2007, n. 5780, in questa *Rivista C.d.S.*, 2007, 3151, e sul medesimo diritto di accesso nei confronti degli atti dei procedimenti ispettivi dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici in relazione alle attestazioni SOA, v. TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 25 novembre 2008, n. 10690, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In entrambi i casi i giudici amministrativi si sono pronunciati confermando il proprio orientamento e le disposizioni dell'art 22, c. 1, lett. b) della l. n. 241/1990.

(71) V. TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 febbraio 2010, n. 1620, in questa *Rivista TAR*, 2010, 490; TAR Lazio, Roma, sez. III, 26 marzo 2008, n. 2599, in questa *Rivista TAR*, 2008, 747 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. V, 6 marzo 2008, n. 1136, in questa *Rivista TAR*, 2008, 802 ss..

dovendo considerare, ai fini del diritto di accesso in riferimento alle associazioni dei consumatori, anche interessi potenziali e non sempre già attuali e determinati. Infatti, chi argomenta in modo contrario, come fa la giurisprudenza di maggioranza e il dettato letterale dell'art. 22, c. 1, lett. b), della l. n. 241/1990, pare non considerare che spesso è dall'accesso agli atti, una volta reso effettivo e avvenuto, che emergerebbe la titolarità qualificata del diritto di accesso in capo alle associazioni dei consumatori e un interesse attuale, concreto e diretto.

Pertanto, l'eccessiva restrizione della legittimazione soggettiva del diritto di accesso, la mancanza di elasticità dei suoi presupposti e l'equiparazione ingiustificata degli enti esponenziali d'interessi diffusi ai singoli soggetti privati interessati favorirebbero il sorgere di conseguenze critiche. Infatti, verrebbe vanificato l'effetto deflattivo del contenzioso insito nel diritto di accesso e in riferimento ad associazioni riconosciute ai sensi dell'art. 137 e seguenti del d.lgs. n. 206/2005 e soprattutto rappresentative di categorie particolarmente ampie di soggetti; verrebbero, inoltre, vanificate le funzioni delle associazioni stesse, privandole di fatto e in molti casi di un istituto, l'accesso agli atti, a rilevanza costituzionale e comunitaria, per la tutela del consumatore e del principio della libera concorrenza (72).

6. Conclusioni.

In conclusione e in estrema sintesi è possibile riassumere le considerazioni già svolte nelle pagine che precedono.

L'intervento legislativo del 2005 ha di certo avuto il merito di « allineare », almeno in parte, il diritto di accesso alla riforma del Titolo V della Costituzione, declinando ulteriormente il suo fondamento costituzionale e sostenendo la sua strumentalità al principio di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa.

Tuttavia, allo stesso tempo, la l. n. 15/2005 ha introdotto un freno alla piena esplicazione di tale istituto restringendo i presupposti della legittimazione ad accedere, imponendo anche l'attualità e la concretezza dell'interesse giuridicamente tutelato alla base del diritto di accesso.

È evidente che il requisito di una posizione soggettiva qualificata come presupposto per l'esercizio del diritto di accesso limiti le potenzialità dell'istituto quale strumento di controllo democratico dell'attività dei pubblici poteri (73).

Di contro, il più ampio esercizio del diritto di accesso, incondizionato, ma non illimitato da parte di singoli privati, così come di enti esponenziali e anche delle

(72) Anche in tema di accesso delle associazioni dei consumatori si torna a ribadire la necessità di dover bilanciare esigenze opposte di trasparenza e di celerità dell'azione amministrativa.

In questi termini, v. Cons. St., sez. V, 15 novembre 2004, n. 7412, in questa *Rivista C.d.S.*, 2004, 3169, in cui si sostiene che l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi è destinato alla comparazione con altri interessi rilevanti, fra cui quello dell'amministrazione a non subire eccessivi intralci nella propria attività di gestione, garantita anche a livello costituzionale.

(73) In questi termini v. R. CARANTA, L. FERRARIS, S. RODRIGUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 222.

pubbliche amministrazioni, avrebbe contribuito all'affermazione di una gestione della cosa pubblica imparziale e trasparente e in linea con la definizione del diritto di accesso come principio generale dell'azione amministrativa. Del resto non sono pochi, a tutt'oggi, gli esempi di applicazione di un ampio diritto di accesso e a cui la l. n. 15/2005 avrebbe dovuto fare riferimento nel riformare la legge sul procedimento. Si pensi all'accesso alle informazioni ambientali, secondo le previsioni del d.lgs. n. 195/2005; ovvero basta porre mente all'accesso incondizionato e in gran parte illimitato dei consiglieri comunali e provinciali o ancora al diritto di accesso secondo la normativa europea o quella di altri Paesi dell'Unione europea. Con tali scelte restrittive l'ordinamento italiano non è in linea con il principio comunitario della buona amministrazione, che vede un proprio cardine nel diritto di accesso, e si pone in antitesi con l'art. 1, c. 1, della stessa l. n. 241/1990 che impone un procedimento amministrativo rispettoso dei principi comunitari.

Oltre al profilo critico della restrizione dei requisiti della legittimazione attiva soggettiva all'accesso, nelle pagine che precedono si è voluto evidenziare anche l'ingiustificata diversità delle modalità e dei limiti del diritto di accesso in riferimento a tre soggetti attivi: le pubbliche amministrazioni, i consiglieri comunali e provinciali e le associazioni dei consumatori.

Se il diritto di accesso attiene « ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali » e se consideriamo l'unitarietà di tali livelli essenziali, dovremmo ammettere anche un solo modello di diritto di accesso, non avendo, invece, un fondamento costituzionale una diversità di modelli sulla base delle diversità dei soggetti attivi dell'accesso proprio perché non esistono diversi livelli essenziali delle prestazioni.

Ciò che invece pare ammissibile è un livello ulteriore di tutela e superiore all'essenziale, ma questo sembra da doversi perseguire non in base alla diversità soggettiva di chi accede, ma *ratione materiae*, ad esempio come avviene in materia ambientale.

Non attuandosi tutto questo l'attuale disciplina legislativa del diritto di accesso, in stretto riferimento ai soggetti attivi, pare estremamente frammentario e questo contribuisce all'indebolimento delle finalità dell'istituto in questione. Le pubbliche amministrazioni non dispongono di un « diritto di accesso », ma di una « acquisizione di documenti » con evidenti profili critici in termini di tutela; le associazioni dei consumatori vengono equiparate ai soggetti privati, trascurando le palesi differenze in termini di rappresentatività di interessi, mentre i consiglieri comunali e provinciali, grazie alla disposizione dell'art. 43 del d.lgs. n. 267/2000, godono di un accesso incondizionato e quasi illimitato, in parte simile a quello dei soggetti attivi in materia ambientale.

Probabilmente, la l. n. 15/2005 o anche la successiva l. n. 69/2009, proprio nell'unitarietà del fondamento costituzionale del diritto di accesso e delle finalità di tale istituto, a prescindere dal soggetto attivo e anche dalla materia di applicazione, e per il riconoscimento del diritto di accesso come principio generale dell'azione amministrativa, avrebbero dovuto introdurre una disciplina generale e unitaria, ossia un accesso incondizionato, ma di certo non illimitato.

Si crede, infatti, che un incondizionato, ma non illimitato controllo dell'azione amministrativa da parte di chiunque non sia contrario, ma anzi contribuisca alla efficienza e all'efficacia dell'azione amministrativa, con un non trascurabile effetto deflattivo sul contenzioso amministrativo.

ROBERTO LEONARDI