

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/06/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37177-sulla-natura-del-diritto-di-accesso>

Autore: Panozzo Rober

Sulla natura del diritto di accesso

Sulla natura del diritto di accesso

Le norme sul diritto di accesso (1) sono contenute nel – novellato – Capo V della l. 241/1990 (di seguito: Legge) e disciplinano vari aspetti dell'istituto: tra questi, l'identificazione dei soggetti, attivi e passivi, la nozione di documento amministrativo, la tutela giurisdizionale ed i casi di esclusione, questi ultimi di stretta interpretazione, alla luce della richiamata collocazione ordinamentale (2). Le garanzie e le tutele approntate dalla Legge, peraltro, “non vanno interpretate ed applicate in maniera acritica e generalizzata, ma finalisticamente ed in ragione dell'effettivo scopo che la normativa stessa si prefigge: quello di garantire appunto attraverso la diretta conoscibilità di atti e documenti un'effettiva azionabilità della tutela giurisdizionale con l'ovvia, logica conseguenza che... l'esercizio del diritto strumentale va correlato a quelle situazioni direttamente connesse con l'esercizio del diritto potenziale e non può estendersi indiscriminatamente nei confronti di atti e documenti del tutto ‘indifferenti’ ai fini di tale tutela” (3).

Premesso che, ai sensi del – novellato – art. 22, c. 1, lett. a), della Legge per “diritto di accesso” si intende il “il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi”, la successiva lett. b) chiarisce che gli “interessati” sono “tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”. La norma ricalca l'abrogato art. 22, comma 1, della Legge, secondo il quale il diritto di accesso era riconosciuto, “al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale”, a “chiunque”(4) vi avesse “interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti”.

Il principio della trasparenza, oltre ad essere inserito tra i principi cardine dell'azione amministrativa [cfr. art. 1, comma 1, della Legge, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), della novella del 2005], è riproposto – e rivitalizzato – dal comma 2 del citato art. 22. Riproposto perché il legislatore ribadisce che “l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza” (5); rivitalizzato perché si sottolinea che il diritto di accesso “attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione”, ferma restando “la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela” (6).

E' controversa – fin dall'origine (rectius: dall'entrata in vigore della Legge) – la qualificazione giuridica del diritto di accesso; e, è appena il caso di sottolinearlo, la querelle è (stata ed è) alimentata dai segnali, ambigui e contraddittori, provenienti dalla stessa disciplina normativa.

Secondo una prima ricostruzione, l'istituto presenterebbe le connotazioni tipiche del diritto soggettivo perfetto (7). A favore della tesi, militerebbero tre elementi. In primis, il riferimento letterale al diritto di accesso, presente nella Legge; secondariamente l'assenza di una valutazione propriamente discrezionale; infine, la possibilità che il giudice ordini l'esibizione dei documenti negati dalla Pubblica Amministrazione

Di contro, la prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha accolto la tesi dell'interesse legittimo. Secondo il massimo organo di giustizia amministrativa, premessa la genericità e l'atecnicità del termine diritto, numerosi elementi porterebbero ad escludere l'esistenza di un diritto soggettivo: la finalizzazione dell'istituto, predeterminato a garantire l'imparzialità della Pubblica Amministrazione (ancorché possa essere utilizzato per prevenire liti o per favorire la prova in situazioni litigiose), l'esistenza di un termine perentorio per l'impugnativa, la potestà regolamentare

dell'Amministrazione, connotata da un significativo livello di discrezionalità, infine l'esistenza di controversie non su diritti soggettivi contrapposti, bensì su interessi legittimi contrapposti (8).

Successivamente, alla ricostruzione originaria è (ri)approdata la VI Sezione del massimo organo di giustizia amministrativa, proponendo una rimediazione della problematica, fondata sulle "profonde modifiche dell'ordinamento determinate dalla L. 21.7.2000, n. 205 e dalla riforma del Titolo V della Costituzione, entrambe successive alla formazione dell'esposto orientamento giurisprudenziale". Ad avviso del Collegio, che contesta, preliminarmente, l'utilizzo del termine "diritto" in senso atecnico [...da disposizioni inserite in un contesto generale e recanti locuzioni palesemente utilizzate in senso non tecnico giuridico non può trarsi la conclusione che disposizioni, inserite in un contesto specialistico (qual è la legge n. 241 del 1990), recanti locuzioni analoghe che prevedono invece un potere, non doveroso, di agire esclusivamente nel proprio interesse, secondo termini e procedure predeterminati dalla legge, e con possibilità di ricorrere al giudice per ottenere la realizzazione coattiva dell'interesse stesso, abbiano anch'esse contenuto non tecnico giuridico"], in secondo luogo, l'assunto "che l'attribuzione della cognizione di diritti soggettivi alla giurisdizione del giudice amministrativo costituisca un'eccezione alla regola generale sancita dall'art.24 della Costituzione" (assunto non più "condivisibile dopo la massiccia attribuzione al giudice amministrativo di giurisdizione su diritti operata dalla L. 21.7.2000, n. 205", cosicché "non occorre...che la legge attesti espressamente che la materia rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo", ma "occorre soltanto che sussistano i presupposti per il riconoscimento di una tale situazione giuridica soggettiva, quale l'essere tutelata in via diretta per il soddisfacimento di un interesse concreto del titolare, non sottoposto ad alcuna valutazione autoritativa o comunque discrezionale dell'Amministrazione ed indipendentemente dal soddisfacimento dell'interesse generale"), "all'attuale stato evolutivo dell'ordinamento il diritto d'accesso...(..ha...)...natura di un vero e proprio diritto soggettivo: ciò sia perché inserito in una legge di settore che ne disciplina minutamente l'attribuzione e l'esercizio nell'esclusivo interesse del richiedente sia perché può trovare un limite solo in specifiche e tassative esigenze di riservatezza (dei terzi o dell'Amministrazione stessa) stabilite dalla legge ma non anche in mere valutazioni di opportunità di chi detiene il documento", sia, da ultimo, perché "non sussistono nel caso in esame i caratteri tipici dell'interesse legittimo", mancando "la correlazione ad una potestà autoritativa dell'Amministrazione, perché l'Amministrazione è tenuta ad un'attività meramente materiale, e cioè ad offrire in visione o in copia un determinato documento amministrativo da essa detenuto" e "la predeterminazione di un termine di decadenza all'esercizio della situazione sostanziale" (9).

Anche dopo la Riforma del 2005, la problematica appare controversa. Se è vero, infatti, che la dottrina maggioritaria ha individuato – nel testo novellato – elementi decisivi a favore del diritto soggettivo (10), è pure innegabile come il massimo organo di giustizia amministrativa, dopo un intervento sostanzialmente interlocutorio della Plenaria (11), abbia – successivamente – sottolineato che "le innovazioni normative portate dalla legge n. 15/2005 non sembrano tali da modificare le conclusioni cui era pervenuta l'Adunanza Plenaria nel 1999", rilevando, in particolare, che "il riferimento lessicale alla "nozione" di "diritto", ora contenuta nell'art. 22, comma 1, lett. a), risulta forse più esplicita e puntuale, ma non introduce significativi cambiamenti rispetto al dato legislativo previgente", poi che nemmeno "l'affermazione legislativa secondo cui l'accesso atiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lett. m), della Costituzione, sembra decisiva per definire la natura della pretesa all'accesso", in quanto "va considerata...l'evidente elasticità della formula diritti civili e sociali, che non sembra destinata ad assumere un significato tecnico puntuale", infine, che "nemmeno la previsione secondo cui le controversie in materia di accesso rientrano nella giurisdizione esclusiva amministrativa sembra assumere peso decisivo ai fini della qualificazione della pretesa all'accesso", perché "tale norma potrebbe avere solo lo scopo di precisare che anche nei casi in cui si controverta in ordine alla sussistenza del potere di consentire

l'accesso ai documenti, in relazione alla dedotta lesione del diritto alla riservatezza, resta ferma la giurisdizione del giudice amministrativo" (12).

Si accennava, poc'anzi, all'intervento – che abbiamo qualificato ‘sostanzialmente interlocutorio – della Plenaria.

Occorre – ora – evidenziare, sul punto, una recente pronuncia del massimo organo di giustizia amministrativa.

Dopo aver ricordato che il plenum “ha qualificato il “diritto di accesso” come una situazione soggettiva che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risulta caratterizzata per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi)”, e dopo aver rimarcato che “il carattere essenzialmente strumentale” di tale posizione “si riflette inevitabilmente sulla relativa azione, con la quale la tutela della posizione soggettiva è assicurata”, cosicché “la natura strumentale della posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento caratterizza marcatamente la strumentalità dell'azione correlata e concentra l'attenzione del legislatore, e quindi dell'interprete, sul regime giuridico concretamente riferibile all'azione, al fine di assicurare, al tempo stesso, la tutela dell'interesse, ma anche la certezza dei rapporti amministrativi e delle posizioni giuridiche di terzi controinteressati”, il massimo organo di giustizia amministrativa evidenzia come la Plenaria, “pur assumendo che il “procedere all'esatta qualificazione della natura della posizione soggettiva coinvolta” non riveste utilità “nella specie”, proced(a), in sostanza, ad una vera e propria “declassificazione” del diritto di accesso, non più ritenuto posizione sostanziale autonoma (non fornendo essa “utilità finali”), 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”. Così facendo, peraltro, si è “inteso superare sia configurazioni della posizione “diritto di accesso” che, facendo leva sul carattere impugnatorio del giudizio, lo hanno in precedenza configurato come interesse legittimo, sia posizioni che, facendo leva sul carattere vincolato del potere esercitato dall'amministrazione in sede di accesso, lo hanno, invece, definito come autonomo diritto soggettivo”. Secondo l'arresto in commento, “in adesione a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria”, “se è vero che la legge si esprime in termini di “diritto di accesso”, è altrettanto vero come di tale espressione deve essere sottolineato l'uso affatto atecnico ... ciò 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, ed ora dalla definizione dei soggetti “interessati”, contenuta nel medesimo articolo”; né, si aggiunge, “sembra assumere valore rilevante (al fine di condurre ad una diversa interpretazione) la circostanza che, nella medesima disposizione, l'accesso è ritenuto attinente “ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali””, perché, da un lato, “ciò che il legislatore in questo caso considera non è il “diritto di accesso” in quanto posizione soggettiva, bensì “l'accesso” come fenomeno, cioè inteso oggettivamente come concreta esplicazione di attività”, dall'altro, “l'essere un istituto (in questo caso, l'accesso) considerato livello essenziale di una prestazione concernente i diritti civili e sociali non comporta affatto che l'istituto stesso costituisca di per sé una posizione sostanziale o, più propriamente, un diritto, e non una posizione strumentale” [di più: “se esso attiene alle prestazioni che i pubblici poteri devono garantire “verso” i diritti civili e sociali, ancora una volta risalta non già la sostanzialità autonoma, bensì la strumentalità della posizione denominata “diritto di accesso””]. In conclusione, “il diritto di accesso si presenta come posizione strumentale riconosciuta ad un soggetto che sia già titolare di una diversa “situazione giuridicamente tutelata”, (diritto soggettivo o interesse legittimo, e, nei casi ammessi, esponenzialità di interessi collettivi o diffusi) e che abbia, in collegamento a quest'ultima, un interesse diretto, concreto ed attuale ad acquisire mediante accesso uno o più documenti amministrativi” e tale strumentalità “nega, a tutta

evidenza, la sostenibilità di una pur sostenuta “autonomia” della posizione, laddove l’inerenza del documento alla posizione giuridica sostanziale preesistente fonda l’interesse concreto e differenziato della parte che richiede i documenti” (13)

NOTE

(1) Per qualche riferimento bibliografico, ci permettiamo di rinviare al ns. Introduzione al (lo studio del) diritto di accesso: (superamento del) principio di segretezza e riferimenti comunitari e costituzionali, in www.diritto.it (nota 1)

(2) Cfr. Cons. di Stato, IV, 26 giugno 2002, n. 3551.

(3) Cons. di Stato, V, 7 aprile 2003, n. 1837.

(4) Pronome riproposto, peraltro, dall’art. 2, c. 1, del Regolamento 2006. Sull’irrelevanza della cittadinanza straniera dell’istante, cfr. Cons. di Stato, VI, 13 maggio 2003, n. 2549; Tar Lombardia, Brescia, 11 aprile 2005, n. 305.

(5) SANDULLI A., *L’accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 495, rileva un’imprecisione, perché “il diritto di accesso, più che un principio generale, è il principale strumento di esplicazione di due principi generali dell’azione amministrativa...i principi di pubblicità e trasparenza...”. Ad avviso di SEMPREVIVA, *Le novità in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 398, il principio di trasparenza “è principio diverso dalla pubblicità e costituisce la base per un corretto rapporto con il cittadino, in grado di determinare una diminuzione del tasso di contenzioso”. In giurisprudenza, cfr. Tar Friuli Venezia Giulia 20 ottobre 2005, n. 829. Pare indiscutibile, peraltro, che, pur derivando – dalla formula legislativa – un duplice ruolo (dell’istituto dell’accesso), in funzione sia dell’interesse pubblico, quale strumento di garanzia dell’imparzialità e della correttezza dell’azione amministrativa, che dell’interesse privato, a tutela della posizione giuridica del singolo, in realtà, soprattutto per evitare problemi organizzativi alla pubblica amministrazione (sull’ “indefettibile contemperamento tra le antinomiche esigenze di celerità dell’azione amministrativa – compromessa dalla necessità di impegnare risorse umane e strumentali in favore dell’evasione delle domande di accesso – e di trasparenza della medesima”, insiste LAINO, *L’accesso ai documenti amministrativi tra aperture giurisprudenziali e novità legislative*, in www.lexitalia.it), “il fine di trasparenza dell’azione amministrativa, pur enunciato in termini generali, viene per vero in questo caso garantito soltanto in ambiti particolari, con ben più deboli effetti sull’imparzialità amministrativa” (SANDULLI M.A., *op.cit.*, 8). La personalità (ora esplicitata dall’aggettivo “diretto”) e la concretezza dell’interesse, congiunte alla sussistenza di una situazione giuridicamente tutelata e all’impossibilità di operare un controllo generalizzato sull’attività amministrativa, deprimono l’autonomia delle finalità pubblicistiche; con la conseguenza che “è la previsione astratta della possibilità di pretendere l’esercizio del diritto che è considerata utile a garantire l’imparzialità dell’amministrazione, attraverso la sua trasparenza” (GALLO, FOA’, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, I (agg.), 2000, 5).

(6) Sul punto, si vedano le osservazioni di LAMBERTI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 15/2005*, in www.giustamm.it; RUSSO, *Oggetto e funzione dell’accesso agli atti dei pubblici poteri nella l. 15/2005*, suoi limiti, sua reclamabilità, in www.giustamm.it; ; DE ANGELIS, *Le nuove norme in materia di azione amministrativa dopo le leggi 11 febbraio 2005 n. 15 e 14 maggio 2005 n. 80*, in www.lexitalia.it; DE BENETTI, *La nuova disciplina dell’accesso*, in www.governo.it/PRESIDENZA/ACCESSO; SARCONI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo. Le novità in materia di accesso ai documenti amministrativi nel processo di riforma della legge n. 241/1990 ed i relativi riflessi sulle autonomie territoriali*, in www.bollettinosegretari.interfree.it; SIMONATI, *Commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 785 ss.

(7) Cfr. Cons. di Stato, IV, 11 giugno 1997, n. 643, in *CdS*, 1997, I, 683; Tar Puglia, Bari, 12 marzo 1998, n. 268, in *TAR*, 1998, I, 2071; Cons. di Stato, IV, 24 luglio 2000, n. 4092, in *CdS*, 2000, I, 1794; Cons. di Stato, IV, 19 marzo 2001, n. 1621; Tar Campania, Napoli, 14 novembre 2002, n. 7150; CGARS 14 aprile 2003, n. 158; Tar Abruzzo, L’Aquila, 5 agosto 2003, n. 230; Tar Abruzzo, Pescara, 21 febbraio 2004, n. 65; Tar Lazio, Roma, 4 marzo 2004, n. 2062; Tar Toscana 24 maggio 2004, n. 1478; in dottrina ARENA, *Trasparenza amministrativa (voce)*, in *Encicl. Giur.*, XXXI, 1995, 2; TIMINIERI, *La trasparenza dell’azione amministrativa: problemi e prospettive alla luce della legge 7 agosto 1990*, n. 241, in *CdS*, 1991, I, 672; MELCHIONNA, *Sulla risarcibilità del danno derivante da illegittimo diniego di accesso agli atti amministrativi*, in www.diritto.it; FRANCHI, *Le limitazioni del diritto di accesso ai pareri dell’Avvocatura dello Stato rilasciati alla pubblica amministrazione*, in www.giurisprudenza.it; PLUCHINOTTA PALMERI, *La tutela del diritto di accesso: l’ultima frontiera*, in www.governo.it/PRESIDENZA/ACCESSO; GALLO, FOA’, *op.cit.*, 5.

(8)Cons. di Stato, V, 2 dicembre 1998, n. 1725, in CdS, 1998, I, 1936; Cons. di Stato, Ad.pl., 24 giugno 1999, n. 16, in Dir. proc. amm., 2000, 154, con nota CACCIAVILLANI, Il diritto di accesso è interesse legittimo; in Giorn. dir. amm., 2000, 71, con nota PORRO, *La notifica ai controinteressati nel ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi*; in Foro it., 1999, III, con nota ROMEO, Accesso ai documenti e riservatezza: rovescio e diritto di una medesima realtà; analogamente Cons. di Stato, V, 26 giugno 2000, n. 3632, in CdS, 2000, I, 1518; Cons. di Stato, IV, 29 novembre 2002, n. 6510, in CdS, 2002, I, 2556; Cons. di Stato, V, 8 settembre 2003, n. 5034, in Foro it., 2004, III, 510, con nota OCCHIENA, I diritti di accesso dopo il codice della privacy; Cons. di Stato, IV, 1 ottobre 2004, n. 6426; Tar Basilicata 8 novembre 2004, n. 748; Tar Toscana 23 aprile 2004, n. 1225; Tar Friuli Venezia Giulia 22 maggio 2004, n. 307. In dottrina PALEOLOGO, La legge 1990, n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione, in Dir. proc. amm., 1991, 13.

(9)Cons. di Stato, VI, 27 maggio 2003, n. 2938, in Foro amm. C.d.S., 2003, 1676, con nota IANNOTTA, (In tema di) acceso quale oggetto di un diritto soggettivo; in Giorn. dir. amm., 2003, 1281, con nota SIMONATI, La tutela del diritto d'accesso; in Foro it., 2004, III, 510, con nota OCCHIENA, I diritti di accesso dopo il codice della privacy.; analogamente Cons. di Stato, VI, 14 dicembre 2004, n. 8062; Cons. di Stato, VI, 12 aprile 2005, n. 1679; Cons. di Stato, VI, 7 giugno 2005, n. 2954; Cons. di Stato, VI, 9 settembre 2005, n. 4686; Tar Veneto 1 settembre 2005, n. 3277; Tar Puglia, Lecce, 7 novembre 2005, n. 4776.

(10)Cfr. LAMBERTI, op. cit.; DE ANGELIS, op. cit. ; SANDULLI A., *L'accesso, cit.*, 494 ; SEMPREVIVA, op. cit., 399; SIMONATI, Commento, cit., 785 s.; SALAMONE, Le recenti modifiche apportate alla legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo: un commento "a caldo", in www.diritto.it

(11)Cons. di Stato, Ad. pl., 20 aprile 2006, n. 7. Analogamente, sempre della Plenaria 18 aprile 2006, n. 6.

(12)Cons. di Stato, V, 11 dicembre 2007, n. 6424.

(13)Cons. di Stato, IV, 22 maggio 2012, n. 2974

Rober PANOZZO

(11 giugno 2015)