

## Diritto d'accesso, processo amministrativo, effetto Fukushima

di

Salvatore Giacchetti

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it> il 26 maggio 2011

Nell'attuale clima di analisi e di ripensamento della legge n. 241/1990 e del codice di procedura amministrativa credo che sia necessario dare una particolare attenzione al diritto d'accesso ai documenti amministrativi ed al suo rito: perché entrambi sono tra gli istituti più anomali del nostro pur variegato ordinamento, con conseguenti non trascurabili potenzialità eversive del tradizionale sistema sia sostanziale che processuale.

Sotto il profilo sostanziale è tuttora controverso in dottrina se l'accesso costituisca un vero e proprio diritto soggettivo oppure un interesse legittimo pretensivo (che parte della dottrina qualifica "quasi diritto"); e questo anche se, per la verità, si continua ad ignorare che l'accesso costituirebbe - semmai - un interesse né oppositivo né pretensivo ma partecipativo. Il legislatore, dal canto suo, ha collocato l'accesso nella giurisdizione esclusiva, facendo così chiaramente intendere di avere optato per la sua natura di diritto soggettivo. La giurisprudenza in passato ha sostenuto entrambe le tesi; ed attualmente tende pragmaticamente a glissare sul punto. Ma sotto il profilo pratico, dal momento che in materia non sorgono questioni di giurisdizione, questo non è poi un gran problema: perché sia il diritto soggettivo sia l'interesse legittimo sono comunque *poteri di agire nel proprio interesse*.

Le complicazioni sorgono però quando la legge 241/1990, all'art. 22, comma 2, stabilisce: "*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*", ed al successivo art. 29, comma 2 *bis*, aggiunge: "*Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m), della Costituzione le disposizioni della presente legge....concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa....*"; e così attribuisce all'accesso un *fine obiettivo* di giustizia e democrazia amministrativa e quindi specifiche finalità di pubblico interesse, facendone una sorta di super diritto con una forte connotazione pubblicistica, che dà l'impressione di voler elevare l'accedente al rango di (sia pure inconsapevole) collaboratore di giustizia amministrativa o - se si preferisce - di partecipante esterno al buon andamento della pubblica amministrazione. Non a caso nei testi più recenti in materia ambientale si parla di "*diritto di accesso e di partecipazione a scopo collaborativo*" (art. 3 *sexies* del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152).

Quindi il legislatore ha interpretato autenticamente la natura giuridica dell'accesso come potere finalizzato a perseguire - o quanto meno a perseguire anche - il pubblico interesse, che è per definizione superindividuale. Ma un potere finalizzato ad un interesse superindividuale non è né un diritto soggettivo né un interesse legittimo: è una potestà, un *munus* direbbe M. S. Giannini: situazione soggettiva che ha caratteri diversi da quelli del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, perché ha in se stessa l'interesse al suo esercizio, che è doveroso e non disponibile. La legge però non riconosce questi caratteri al diritto d'accesso. Quest'ultimo quindi si presenta come una situazione soggettiva nuova, intermedia tra quelle sinora conosciute; una situazione giuridica con un corpo di situazione soggettiva privata ed un'anima di situazione soggettiva pubblica: una situazione ermafrodita, che non coincide con nessuna delle situazioni soggettive note; un trans, con tutte le difficoltà che si incontrano quando si tratta di incasellare un trans nei moduli sistematici tradizionali.

Sorge quindi un interrogativo: sino a che punto l'anima pubblica modifica o quanto meno condiziona il corpo privato? La risposta è incerta; anche perché, come già detto, la giurisprudenza esita a prendere una precisa posizione, salvo quanto esporrò a proposito del rito. Poiché però le incertezze sistematiche non sono senza conseguenze ma si traducono in incertezze operative, sarebbe opportuno avviare una riflessione sull'attuale insufficienza della concettuologia giuridica tradizionale; non è certo tenendola in coma farmacologico, come oggi si fa per quieto vivere, ma è adeguandola alle nuove categorie emergenti che i problemi possono avviarsi ad una coerente soluzione. Insomma in un ordinamento giuridico che aspiri alla dignità di sistema cartesiano i trans non possono esistere, perché ogni punto deve avere una ed una sola precisa collocazione: perciò o è errata l'affermazione di trans o è errato (per incompletezza) il sistema di classificazione.

Ma l'insufficienza dell'attuale concettuologia si manifesta soprattutto nel rito.

Vero è che il codice di procedura amministrativa dedica all'accesso un solo breve e tranquillo articolo, il n. 116, che si limita a prevedere alcune particolarità del tutto marginali (quali il dimezzamento del termine per ricorrere al TAR e per l'eventuale appello; la possibilità di far valere anche durante un processo, con un apposito subprocedimento, l'interesse ad accedere ad un documento attinente al processo stesso; la possibilità per l'amministrazione di essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato). A queste particolarità il codice aggiunge la facoltà del ricorrente di agire senza difensore, ai sensi dell'art. 23, e lo svolgimento del processo col rito camerale, ai sensi dell'art. 87. Si tratta, come si vede, di disposizioni secondarie e di facile lettura, di cui apparentemente ci si potrebbe benissimo limitare a prendere atto, con le sole eccezioni dell'attenzione che dovrebbe essere data al rapporto tra la richiesta di accesso in giudizio e l'onere della prova prescritto dall'art. 64, e della curiosità di sapere perché mai il codice abbia abrogato (art. 3, lett.c, dell'allegato 4) la precedente disciplina dei ricorsi avverso le decisioni della Commissione per l'accesso o del difensore civico (di cui all'art. 25, comma 5, della legge n. 241/1990), sostituendola con un generico rinvio alla disciplina del codice stesso, che peraltro non si occupa affatto di questa specifico aspetto. Ma si tratta comunque di disposizioni di dettaglio.

Il problema vero è di carattere generale: e deriva dalla considerazione che il rito dell'accesso potrebbe innescare nel processo amministrativo una reazione a catena tipo Fukushima.

Teniamo innanzi tutto presente:

- che il diritto è un sistema; e quindi, se si pongono determinati principi, devono poi accettarsi le conseguenze che ne discendono, se non si vuole ridurre l'ordinamento ad un coacervo di grida manzoniane slegate e contraddittorie con il rischio che si verifichi il noto principio secondo cui le leggi per l'amico si interpretano e per il nemico si applicano;
- che il legislatore ha posto il principio generale che il diritto d'accesso risponde a **“rilevanti finalità di pubblico interesse”**.

In questo quadro generale la causa scatenante della reazione a catena potrebbe essere il fatto che, tenuto anche conto delle suindicate finalità, la giurisprudenza ha avuto una giusta intuizione: che il giudizio in materia di accesso abbia natura di giudizio di accertamento, affermando di conseguenza il principio che **“il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi, pur seguendo il rito impugnatorio, è comunque strutturato come un giudizio di accertamento, nel quale il giudice è chiamato in via diretta a verificare la fondatezza della pretesa, a prescindere dal contenuto del diniego; pertanto, l'eventuale carenza di motivazione del provvedimento impugnato non può comportare l'annullamento dell'atto per difetto di motivazione ma impone al giudicante di verificare direttamente se sussistano i presupposti di legge per ordinare l'esibizione degli atti richiesti”** (giurisprudenza consolidata; in tal senso, da ultimo, Cons.Stato, Sez. V, 14 settembre 2010 n. 6696).

Secondo questo indirizzo giurisprudenziale si ha quindi un giudizio che, pur consistendo nell'impugnazione di un atto, ha il fine di ottenere che sia accertato il diritto d'accesso; e quindi verte non più sulla tutela della situazione giuridica astratta ma sulla tutela del bene concreto della vita, in piena coerenza sia con il principio generale di effettività sancito dall'art. 1 del codice sia con

il principio generale, sancito dal successivo art. 7, comma 1, che il giudizio amministrativo si effettua non sull'atto impugnato ma sull'esercizio del potere amministrativo: principi generali che costituiscono l'architettura sistematica dell'intero codice. Ne consegue che l'impugnazione dell'atto degrada a semplice presupposto – analogo al pagamento di una sorta di biglietto d'ingresso – per attivare il giudizio amministrativo.

Ora che il giudizio segua il rito impugnatorio e si concluda con un accertamento può anche essere condiviso, dal momento che ogni sentenza ha – di fatto – una fase di accertamento; ed in particolare la sentenza di annullamento presuppone che sia stato accertato (anche se con effetto meramente endoprocessuale) che il provvedimento o il comportamento sia illegittimo sulla base dei motivi dedotti e accolti. Si potrebbe soltanto aggiungere che l'azione per il riconoscimento del diritto d'accesso è non soltanto di carattere impugnatorio e di accertamento (anche se nel rito impugnatorio il giudizio d'accertamento è una sorta di immigrato clandestino senza permesso di soggiorno) ma anche di condanna (all'ostensione dei documenti negati). Comunque sia, la questione avrebbe potuto, almeno per il momento, rimanere nell'ombra ovattata del già deprecato come farmacologico. La giurisprudenza da ultimo citata però non si è fermata all'affermazione che il giudizio è strutturato come giudizio di accertamento: ha fatto un passo avanti, aggiungendo un'affermazione rivoluzionaria, anche se da condividere: - che “*il giudice è chiamato in via diretta a verificare la fondatezza della pretesa, a prescindere dal contenuto del diniego*”, e quindi può stabilire “*direttamente se sussistano i presupposti di legge per ordinare l'esibizione degli atti richiesti*”, prescindendo totalmente dalla prospettazione delle parti, e cioè **d'ufficio**.

Se è vero – come ritengo – che il diritto deve essere un sistema, che il legislatore ha posto il principio che l'accesso è attribuito “*per rilevanti finalità di pubblico interesse*” e che la citata affermazione della giurisprudenza va condivisa, da quest'ultima dovrebbero derivare, a cascata, una serie di conseguenze e di interrogativi.

1) Il processo amministrativo in materia di accesso cambierebbe natura: perderebbe la sua tradizionale natura dispositiva per acquisire spiccata **natura inquisitiva, virando così verso la giurisdizione oggettiva**. E' proprio questa l'intenzione del legislatore o quanto meno della giurisprudenza?

2) In un clima di giurisdizione oggettiva, ed in presenza sia di principi generali di effettività e di concentrazione (artt. 1 e 7, comma 7) nonché di giurisdizione sull'esercizio del potere (art. 7, comma 1) sia di una disposizione specifica (l'art. 12, comma 7, del regolamento generale sull'accesso n. 184/2006) che ha già fatto saltare *in parte qua* il tabù della perentorietà del termine per ricorrere perché ha ammesso la riproposizione del ricorso in materia d'accesso nel caso il cui il ricorso originario stato dichiarato irricevibile o inammissibile, può il giudice ritenere sanabili tutti i vizi processuali commessi dal ricorrente? Infatti sembrerebbe illogico che eventuali eccezioni di irricevibilità o di inammissibilità siano insanabili, anche perché non sembra ipotizzabile un interesse giuridicamente protetto a non soddisfare le rilevanti finalità di pubblico interesse alle quali l'accesso è comunque preordinato.

3) In un processo di natura inquisitiva **la natura legittima o illegittima dell'atto impugnato perde qualunque rilievo sostanziale e processuale**, perché – come affermato dalla giurisprudenza - il giudice in ogni caso deve riesaminare *ex novo* ed in via diretta la situazione controversa; e quindi l'atto impugnato degrada a semplice presupposto per l'attivazione del giudizio, riducendosi ad una sorta di miccia necessaria per accendere il processo ma che subito dopo diventa cenere inutile.

A questo punto non si vede perché non possa ricorrersi direttamente al giudice, eventualmente d'accordo tra le parti, in sede di una sorta di giurisdizione volontaria. Un accordo del genere non sarebbe meramente teorico: l'esigenza può presentarsi ogni volta che ci sia di mezzo una forma di segreto previsto dalla legge e la cui violazione possa comportare conseguenze penali. In casi del genere l'Amministrazione spesso non ha alcun interesse contrario all'accesso: però di solito si blocca semplicemente perché si trova tra due fuochi, dal momento che se concede l'accesso rischia una denuncia da parte del soggetto che vanta il diritto al segreto e se non lo concede rischia

una denuncia da parte del soggetto che vanta un diritto all'accesso; sicché potrebbe aversi il comune interesse a che si formi un incontestabile accertamento preventivo che non crei problemi a nessuno.

4) Se l'atto impugnato perde ogni rilievo sostanziale e processuale **la mancata impugnazione dell'atto stesso non può creare alcuna preclusione**. L'unica preclusione possibile è quella che nasce dalla sentenza, che in caso di riconoscimento del diritto d'accesso dovrebbe dichiarare anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 31, comma 4, del codice, la nullità di precedenti dinieghi amministrativi, anche se ormai inoppugnabili, o quanto meno la loro disapplicazione.

5) Se la mancata impugnazione dell'atto stesso non può creare alcuna preclusione, e se il diritto d'accesso è conferito per rilevanti finalità di pubblico interesse, **dovrebbe ritenersi che il diritto d'accesso sia imprescrittibile** (fermi restando – ovviamente – il termine perentorio per impugnare il diniego o per appellare la sentenza di rigetto, nonché la preclusione che sorge dal passaggio in giudicato di quest'ultima). Infatti, non è possibile fissare un termine iniziale per il suo esercizio: innanzi tutto perché non è detto che la piena conoscenza di un documento amministrativo coincida con l'utilità che si può trarre dall'acquisizione di quel documento, e quindi con l'interesse all'accesso; ed in secondo luogo perché l'interessato può essere a piena conoscenza che un certo documento amministrativo può essergli utile, ma può tranquillamente rinviare la decisione di chiederne l'accesso ad una qualunque data futura, senza incorrere in alcuna preclusione.

L'unico limite temporale esistente è un limite di fatto: quello secondo cui l'accesso può essere esercitato *“fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere”* (art. 22, comma 6, della legge n. 241/1990). Peraltro anche questo limite, oggi, tende ad essere ipotetico: perché la disposizione era stata originata dalla necessità dell'Amministrazione di effettuare periodici scarti di archivio, per evitare eccessivi accumuli di documenti su base cartacea. Ma oggi che i documenti vengono redatti su base informatica, con accumulo in spazi irrisori, tale necessità è venuta meno; e quindi nessuna amministrazione sarà più indotta a fare scarti d'archivio. E comunque, se lo facesse, il diritto d'accesso potrebbe – di regola - essere soddisfatto presso gli archivi di Stato.

6) Se il diritto d'accesso è imprescrittibile ed è conferito nel pubblico interesse **è illogico ritenere che il suo esercizio lo consumi**. Affermare che l'interessato non possa reiterare la domanda d'accesso sarebbe come dire che soltanto chi si ammala per la prima volta ha diritto – siamo sempre nel campo delle prestazioni essenziali di cui all'art. 117, m), della Costituzione – alle prestazioni del SSN mentre se in un momento successivo ha una ricaduta decade dal diritto a tali prestazioni. Ed è altrettanto illogico che si possa decadere dal diritto per mancato tempestivo esercizio del diritto stesso, sempre per il motivo che non può concepirsi una decadenza dall'esercizio di finalità di pubblico interesse; anche perché in caso contrario dovrebbe ipotizzarsi addirittura una responsabilità del mancato accedente.

7) Se il diritto d'accesso è imprescrittibile e ad esercizio reiterabile risultano non condivisibili gli orientamenti giurisprudenziali secondo cui per reiterare la domanda d'accesso o per ottenere una nuova copia di un documento già ottenuto occorrerebbe un nuovo interesse. Infatti, dato che **la finalità di pubblico interesse non è disponibile ed è in re ipsa**, l'accesso dovrebbe invece essere consentito non solo nel caso – ovvio - di nuovi interessi sopravvenuti o di riproposizione di domanda dichiarata inammissibile o irricevibile (come previsto espressamente dall'art. 12, comma 7, del regolamento generale sull'accesso n. 184/2006, che in tal modo aveva già fatto saltare *in parte qua* il tabù della perentorietà del termine per ricorrere) ma anche nel caso che il richiedente abbia smarrito documenti già richiesti, dal momento che il rischio che il richiedente voglia o possa creare inutili aggravii di lavoro all'amministrazione va combattuto non già negando un diritto di rilevanza costituzionale ma semmai subordinando il rilascio di copie ulteriori a diritti di segreteria congruamente maggiorati.

8) Se la finalità di pubblico interesse non è disponibile ed è *in re ipsa viene a mancare automaticamente la necessità del presupposto* dell'esistenza di *“un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al*

quale è chiesto l'accesso", preteso dall'art. 22, comma 1, lett. b), della legge n. 241/1990, ma non richiesto dall'ordinamento europeo.

9) Se l'interesse è *in re ipsa* e quindi prescinde da uno specifico ulteriore interesse, anche di mero fatto, ***l'azione di accesso diventa un'azione popolare***, contrariamente a quanto comunemente ritenuto.

10) A questo punto sorge una domanda inquietante (almeno per gli autori di manuali): ma siamo proprio sicuri che quanto sopra ipotizzato per il rito dell'accesso non sia estensibile al rito generale del processo amministrativo? Una volta che il codice del processo amministrativo ha spostato, *in via generale*, l'architettura sistematica del processo amministrativo dalla legittimità formale all'effettività sostanziale (art. 1) e *dall'atto impugnato al potere esercitato* (art. 7, comma 1) siamo proprio sicuri che il diritto d'accesso sia così diverso dalle altre posizioni soggettive azionabili che a queste ultime non sia a loro volta applicabile il trattamento processuale *d'ufficio* che la giurisprudenza ha indicato per il diritto d'accesso, con conseguente formazione di un rito omnicomprensivo modellato su quello dell'accesso?

Quest'ultimo interrogativo interessa essenzialmente i posteri. Io, che postero non sono, per ora non posso che limitarmi a constatare che quando si tratta di accesso il giudizio d'accertamento non può essere costretto nel letto di Procuste del giudizio di annullamento e che dell'asserita applicazione del rito impugnatorio resta soltanto un guscio vuoto. Occorrerebbe perciò quanto meno cominciare a pensare ad una perizia di assestamento del neonato codice, per trovare una sede decorosa e sistematicamente orientata in cui collocare l'azione di accertamento, attualmente senza fissa dimora; e quindi ridisegnare l'architettura generale del codice. Come insegna il Vangelo, mettere il vino nuovo nell'otre vecchio crea un'infinità di problemi di difficile soluzione, anche se nel caso in esame indubbiamente necessitati. Ma lasciare insoluti problemi reali crea di regola problemi ulteriori ed ancora più difficili da risolvere.

8/5/2011