

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Coccozza, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Riflessioni brevi sulla perdurante vitalità del diritto d'accesso documentale alla luce del suo rapporto con il potere istruttorio del G.O.*

di Ambrogio De Siano

(Professore associato di diritto amministrativo, Università di Napoli "L. Vanvitelli")

e Federica Lombardi

(Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università di Napoli "L. Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. – 2. Il diritto d'accesso, un istituto in continua evoluzione. – 3. Il diritto d'accesso cd. difensivo: natura, funzione e differenze con quello partecipativo. – 4. Diritto d'accesso documentale potere istruttorio del G.O. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

Abstract

The paper aims to define the relationship between right of access *ex l. n. 241/1990* and power to acquire documents as evidence of the Ordinary Judge according to the recent jurisprudence of the Council of State.



1. *Premessa.*

A dispetto della sua età – risale al 1984 lo schema del disegno di legge della Commissione Nigro¹ – il diritto d'accesso continua a mostrare la vitalità propria di un adolescente.

Ed invero, nonostante il legislatore non apporti alcun rimaneggiamento alla relativa disciplina da parecchio tempo – la circostanza merita di essere segnalata, considerata la forsennata andatura della regolazione contemporanea dell'attività amministrativa –, continuano a presentarsi occasioni per tornare a discuterne, ciò che in fondo non sorprende vista la sempre più pressante istanza di trasparenza proveniente dalla società contemporanea.

Di quanto si va sostenendo è prova, tra l'altro, il dibattito consumatosi nell'ultimo lustro in merito all'accesso documentale – per intendersi, quello della legge 7 agosto 1990, n. 241 –, il quale, per effetto delle pronunce di una parte della giurisprudenza amministrativa, si sta palesando come uno strumento di conoscenza sempre più penetrante, talora finanche più efficace dei poteri istruttori del G.O.

Obiettivo del presente studio è proprio quello di provare a delineare il rapporto tra l'accesso *ex l. n. 241/1990* e il potere di acquisizione documentale in funzione probatoria del G.O. alla luce della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che, per il vero, come oramai non di rado purtroppo accade, ha fin qui faticato a trovare un orientamento stabilmente condiviso.

Al fine di risolvere la controversia ermeneutica insorta all'interno della medesima Sezione – la IV – è stato necessario l'intervento dell'Adunanza plenaria, la quale non ha perso l'occasione per provare a chiarire i confini definitivi del diritto d'accesso documentale, il che verosimilmente renderà necessario riconsiderare alcune conclusioni teoriche che, per quanto possibile, sembravano aver assunto i connotati della definitività.

2. *Il diritto d'accesso, un istituto in continua evoluzione.*

È ben noto che il diritto di accesso ai documenti amministrativi si presenta come il principale strumento di realizzazione della trasparenza della P.A.².

* Nell'ambito di una riflessione comune, la Premessa è da attribuire ad Ambrogio De Siano, mentre i restanti paragrafi a Federica Lombardi. Le considerazioni conclusive sono da ascrivere ad entrambi gli Autori.

¹ Lo si trova pubblicato, compreso della premessa problematica che precedeva l'articolato normativo, in *Quaderni regionali*, 1984, n. 4, pp. 1349 ss.

² Vi è tuttavia chi, come C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 93 ss., p. 96, ritiene che il diritto di accesso *ex l. n. 241/1990* «dovrebbe intendersi come strumento alternativo alla trasparenza: proprio laddove la conoscenza di un atto non rientra nel patrimonio informativo potenziale di un qualsiasi soggetto privato, è necessario predisporre strumenti che consentano di valutare la sussistenza di un interesse alla conoscenza che sia personale e idoneo a superare il segreto amministrativo».



Sono altrettanto noti gli interventi normativi che a far data dagli anni '90 lo hanno riguardato e che in parte ne hanno cambiato i connotati, rendendolo un istituto pluridimensionale, funzionalizzato a perseguire interessi di volta in volta diversi.

Per il vero, sempre uguale a sé stesso è rimasto l'accesso dell'art. 10, co. 1, lett. a), l. n. 241 (cd. endoprocedimentale), che si sostanzia nella facoltà di «prendere visione degli atti del procedimento» riconosciuta ai soggetti cui deve essere comunicato l'avvio del procedimento e a coloro che possono intervenire³.

L'istituto è strumentale al miglior esercizio delle capacità partecipative di questi ultimi, recando una vocazione tanto difensiva delle situazioni soggettive coinvolte – il privato anticiperà il contraddittorio che solitamente si svolge nel processo –, quanto collaborativa – il privato apporterà eventualmente nuovi elementi conoscitivi per un'azione più imparziale⁴. Attraverso questo tipo di accesso, ai soggetti legittimati è attribuita dunque la possibilità di conoscere gli atti del procedimento, così da esercitare una partecipazione maggiormente piena e consapevole che permetta loro sia di curare i propri interessi, sia di restituire alla P.A. precedente una rappresentazione della fattispecie più aderente alla realtà.

Qualche mutamento nel corso del tempo ha riguardato l'altro accesso ex l. n. 241, quello disciplinato dagli artt. 22 ss. (c.d. accesso esoprocedimentale o informativo), ove lo stesso è qualificato come «principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza» (co. 2)⁵.

Esso è riconosciuto ai «soggetti privati»⁶, 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» (co. 1, lett. b)⁷.

³ Su questo tipo di accesso v. *ex multis* M.A. SANDULLI, voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, vol. Agg. IV, Milano, 2000, pp. 4 ss., p. 6.

⁴ M.A. SANDULLI, voce *Accesso* cit., p. 6. In merito alla valenza garantistica e collaborativa della partecipazione S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, 2008, pp. 294 ss.

⁵ Sul punto V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/1990 – I Parte*, in *www.giustamm.it*, 2005, p. 2, evidenzia che in realtà la previsione del principio di trasparenza nel testo novellato introdurrebbe «un'innovazione non significativa, anzi in qualche modo superflua. Una mera sottolineatura di un'impostazione preesistente». Si v. in questo senso anche F. ROTA, *Diritto di accesso e soggetti privati*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, pp. 89 ss., p. 93.

⁶ L'art. 22, co. 1, lett. b), letto in combinato disposto con l'art. 22, co. 5, esclude dal campo di applicazione della l. n. 241 l'ipotesi in cui il richiedente l'accesso sia una P.A. Sul punto v. S. FIORENZANO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005 n. 15: nuove regole sostanziali e giustiziali*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pp. 462 ss., p. 470.

⁷ L'art. 22, co. 1, l. n. 241/1990 è stato sostituito – come ben noto – dall'art. 15, co. 1, legge 11 febbraio 2005, n. 15. Il legislatore del 2005, tra le varie modifiche apportate, ha in particolare sostituito la locuzione «situazione giuridicamente rilevante» con quella di «situazione giuridicamente tutelata». Secondo S. FIORENZANO, *Il diritto di accesso* cit., pp. 472- 473, «l'aver sostituito il termine "rilevante" con "tutelata" ripropone il rischio di interpretazioni restrittive della portata della situazione legittimante l'accesso, nel senso che tale semplice



La disposizione normativa è stata oggetto di un numero difficilmente commensurabile di pronunce, le quali, tra l'altro, hanno specificato che per ottenere l'accesso richiesto deve sussistere «un interesse giuridicamente *tutelato*, [che non può] identificarsi col generico e indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa». Interesse che però deve essere «valutato in astratto, prescindendo da qualsivoglia apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che gli interessati potrebbero eventualmente proporre sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso, essendo preclusa alla P.A., detentrica del documento, una penetrante indagine sulla "meritevolezza" dell'interesse sotteso alla richiesta di ostensione, operando, l'obbligo di consentire l'accesso, in termini pressoché automatici»⁸. Le valutazioni sulla legittimazione e sulla meritevolezza dell'interesse andranno compiute sulla scorta della motivazione che deve necessariamente essere presente nella istanza proposta alla P.A. Coerentemente ad una tale ricostruzione dell'interesse ad accedere, il legislatore ha altresì espressamente escluso che l'accesso possa essere strumentale ad un «controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni» (art. 24, co. 3). Il che ha consentito di ritenere che esso non possa essere «funzionalizzato ad una migliore realizzazione dell'interesse pubblico inteso in senso diffuso ed astratto»⁹ e che l'asse portante dell'istituto vada spostato «dalla tutela dell'interesse pubblico alla protezione individuale dell'accedente»¹⁰.

Accanto a quelle relative alla legittimazione/interesse, il diritto di accesso soffre altre limitazioni. A cominciare da quella per cui esso è esercitabile in riferimento alle sole

cambiamento terminologico potrebbe indurre a ritenere che soltanto situazioni protette dall'ordinamento in chiave processuale possano costituire il sostrato del diritto di accesso». In questo senso si v. anche G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Napoli, 2006, p. 97. Per quanto riguarda la questione dogmatica della natura della situazione giuridica soggettiva dell'accesso documentale, dopo l'intervento di Consiglio di Stato, Ad. Pl., sentenza 18 aprile 2006, n. 6, sebbene l'orientamento prevalente sostenga la tesi della qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo (Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza 14 maggio 2018, n. 479; Tar Puglia, Bari, sez. III, sentenza 3 gennaio 2018, n. 2; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, sentenza 13 novembre 2017, n. 11291), vi è giurisprudenza che continua a qualificare il diritto di accesso come interesse legittimo (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 febbraio 2009, n. 741). Sul tema si v. anche Consiglio di Stato, Ad. Pl., sentenza 25 settembre 2020, n. 21, che ha riportato «il fondamentale approdo al quale è pervenuto [l'] Adunanza plenaria nella sentenza n. 6 del 18 aprile 2006, che ha costruito l'istituto come situazione giuridica strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo».

⁸ Così Tar Campania, Napoli, sez. VI, sentenza 20 maggio 2015, n. 2821. Sul punto si v. anche Tar Veneto, Venezia, sez. II, sentenza 19 dicembre 2019, n. 1384 e Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza 6 ottobre 2017, n. 1200.

⁹ Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il diritto di accesso dopo la legge 15/2005*, in M.P. CHITI (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 189 ss., p. 206.

¹⁰ Così S. FIOREZZANO, *Il diritto di accesso* cit., p. 472. In senso analogo si v. anche E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2005, pp. 573 ss., pp. 580-581.



informazioni cristallizzate in documenti amministrativi¹¹: il co. 4 dell'art. 22 dispone che «non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo», così restringendo il campo di applicazione dell'istituto.

Ulteriori limitazioni si sostanziano nelle quattro ipotesi di esclusione *ex art. 24*, co. 1. La prima riguarda i «documenti coperti da segreto di Stato» (lett. *a*), nonché quelli per i quali l'ordinamento prevede «espressamente» il «segreto» o il «divieto di divulgazione»¹². La seconda concerne i procedimenti tributari (lett. *b*). La terza fa riferimento all'attività della P.A. diretta «all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione» (lett. *c*). La quarta, infine, attiene ai «documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi» nei procedimenti selettivi (lett. *d*)¹³.

Ciò nondimeno, la legge stabilisce che «deve essere comunque garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici (art. 24, co. 7). Mentre però qualora riguardi documenti contenenti dati sensibili e giudiziari esso è consentito purché sia strettamente indispensabile¹⁴, nell'ipotesi in cui si tratti di «dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale» l'accoglimento dell'istanza di accesso è subordinata non soltanto alla sussistenza del requisito della indispensabilità, ma anche alla ricorrenza delle condizioni indicate dall'art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196¹⁵.

¹¹ La nozione di documento amministrativo è contenuta nell'art. 22, co. 2, l. n. 241/1990. Sul tema si v. Ad. Pl. 21/2020 cit. e, in dottrina, tra i vari, G. ARENA, voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XXXI, 1995, p. 3.

¹² In proposito, il co. 5 chiarisce che i documenti in parola «sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti» della loro «connessione» con gli «interessi di cui al comma 1» dello stesso art. 24, e che a questo scopo le PP.AA. «fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso».

¹³ La legge consente alle PP.AA. di individuare altresì «le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso» (co. 2). In particolare, riconosce poi al Governo la possibilità di adottare un regolamento nel quale prevedere ulteriori ipotesi di esclusione del diritto di accesso (co. 6).

¹⁴ Sulla nozione di indispensabilità si v., tra i vari: G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso* cit., p. 104; V. VENEZIANO, *La trasparenza dell'azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio*, in M.P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi* cit., pp. 251 ss., p. 255.

¹⁵ L'art. 60, d.lgs. n. 196/2003 (di recente modificato dall'art. 5, co. 1, decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101) prevede che «Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale». Sul significato da attribuire alla locuzione «situazione giuridica di rango almeno pari ai diritti dell'interessato» si v., *ex multis*, in dottrina, E. MENICETTI, *La conoscibilità dei dati: tra trasparenza e privacy*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 283 ss., p. 302; in giurisprudenza, Tar Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 3 febbraio 2015, n. 383; Tar Liguria, Genova, Sez. I, sentenza 29 marzo 2013, n. 568.



Dal diritto di accesso documentale va distinto quello civico, disciplinato dall'art. 5, decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, il quale regola, al co. 1, l'accesso civico *semplice* – corrispondente al diritto di «chiunque» di richiedere la pubblicazione (qualora la stessa non sia stata effettuata o non sia stata correttamente realizzata) di informazioni, dati o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria –, e al co. 2 quello *generalizzato* – ossia il diritto di «chiunque» di ottenere l'ostensione di dati e documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria¹⁶.

Insomma, in seguito ai richiamati interventi legislativi, nell'ordinamento italiano attualmente convivono tre principali tipologie di accesso: l'accesso *ex l.* n. 241/1990, l'accesso civico *semplice* e quello *generalizzato*, ciascuno dei quali dimostra di avere una (almeno parzialmente) diversa vocazione.

L'accesso documentale, che non può essere preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato della P.A., è funzionalizzato, per un verso, alla cura degli interessi del richiedente, e, per altro verso, alla realizzazione in concreto dei principi di trasparenza e imparzialità¹⁷; viceversa, l'accesso civico ha l'obiettivo di «promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa, favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 33)¹⁸.

3. Il diritto d'accesso *cd. difensivo*: natura, funzione e differenze con quello partecipativo.

Come accennato in premessa, il diritto di accesso documentale non smette di essere al centro dell'attenzione di dottrina e giurisprudenza, le quali continuano a dibattere

¹⁶ Le due tipologie di accesso sembrerebbero essere differenti soprattutto in relazione all'oggetto. Sul punto si v., tra i vari: B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, in ID. (a cura di), *Nuova trasparenza cit.*, p. 25 ss., p. 44; e, in giurisprudenza, Tar Puglia, Bari, sez. II, sentenza 16 giugno 2017, n. 647; Tar Campania, Salerno, sez. II, sentenza 5 maggio 2017, n. 850. Tuttavia, ad avviso dell'Anac (determinazione 28 dicembre 2016, n. 1309, p. 7), dall'art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33/2013 si evincerebbe invece che oggetto dell'accesso *generalizzato* possano essere anche le informazioni.

¹⁷ A tal proposito E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa cit.*, pp. 349 ss., p. 354, mette in rilievo che «il diritto di accesso, dopo la l. n. 15 del 2005 ed il successivo d.P.R. n. 184 del 2006, appare [...] essenzialmente quale strumento a tutela del singolo e solo secondariamente, se non marginalmente, meccanismo idoneo ad assicurare la trasparenza amministrativa».

¹⁸ Sulle differenze esistenti tra accesso documentale e accesso civico si v., tra i vari: C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Napoli, 2016, pp. 86-87; A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018, pp. 147 ss. e 194 ss.; B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità e i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto al riutilizzo (artt. 4, 5, 7-9, 52 commi 2 e 3, 53)*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa cit.*, pp. 75 ss., pp. 107-108; B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti cit.*, pp. 65-69. Sia consentito altresì rinviare a F. LOMBARDI, *Spunti di riflessione sulla problematica applicazione delle diverse tipologie di accesso. Il possibile insegnamento derivante dall'esperienza spagnola*, in www.federalismi.it, 22, 2018. In giurisprudenza, in merito a tale differenza, si v. invece, tra le varie: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 5 ottobre 2020, n. 5861; Tar Campania, Napoli, sez. VI, sentenza 30 settembre 2020, n. 4130; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, sentenza 8 marzo 2016, n. 3017.



anche per effetto di un dato normativo che funge per certi versi da ostacolo ad una ricostruzione che sia priva di dubbi.

Non a caso di recente è nuovamente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (25 settembre 2020, n. 21), la quale ha anzitutto ribadito che l'accesso, per quel che attiene alla sua natura giuridica, costituisce un «principio regolatore dell'attività amministrativa», mentre, per quel che concerne l'aspetto funzionale, «soddisfa finalità di pubblico interesse», specificando che «favorisce la partecipazione e assicura l'imparzialità e la trasparenza».

E però il profilo funzionale non si esaurirebbe così, visto che l'art. 24, co. 7, dispone – come già segnalato in precedenza – che «Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici».

Ad avviso della Plenaria l'uso dell'avverbio 'comunque' «denota la volontà del legislatore di non 'appiattire' l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, e corrobora la tesi che esistano, all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari»: l'accesso «partecipativo» – che sarebbe sempre consentito purché non ricorrano le esclusioni di cui all'art. 24, co. 1, 2, 3, 5 e 6, l. n. 241 – e quello «difensivo» – il quale, finalizzato alla cura e alla difesa (anche in giudizio) dei propri interessi, è giurisdizionalmente tutelato attraverso una specifica azione (art. 116 c.p.a.) e «trascende dalla dimensione partecipativa procedimentale e dalla logica della trasparenza della funzione amministrativa».

Quest'ultimo sembrerebbe addirittura in grado – secondo la Plenaria – di superare le esclusioni previste per quello partecipativo¹⁹, purché la parte interessata riesca a «dimostrare che il documento al quale intende accedere è *necessario* (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi»²⁰.

L'Adunanza Plenaria parrebbe dunque individuare, nell'ambito del *genus* 'accesso documentale' due *species*: quella difensiva, di cui all'art. 24, co. 7, e quella

¹⁹ A ben vedere in una ordinanza richiamata dalla stessa Adunanza Plenaria n. 21/2020 cit. (sez. VI, sentenza 7 febbraio 2014, n. 600), il Consiglio di Stato ha precisato «che (nonostante la non felice formulazione dell'art. 24, comma 7, come sostituito dall'art. 5 della legge n. 15 del 2005) la regola della prevalenza del c.d. accesso difensivo non riguardi tutte le ipotesi di esclusione di cui al medesimo art. 24, ma solo la particolare ipotesi di esclusione (contemplata dalla lettera d del comma 6) determinata dalla necessità di tutelare la riservatezza di terzi (persone, gruppi, imprese e associazioni)».

²⁰ Il Supremo Consesso prosegue evidenziando che «la conoscenza dell'atto non è destinata a consentire al privato di partecipare all'esercizio del pubblico potere in senso 'civilmente' più responsabile, ossia per contribuire a rendere l'esercizio del potere condiviso, trasparente e imparziale, ma rappresenta il tramite per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici».



partecipativa, di cui agli art. 22 ss., i quali avrebbero non solo una differente funzionalizzazione, ma pure un parzialmente diverso regime giuridico.

A dirla tutta, la pronuncia lascia perplessi, soprattutto in considerazione del fatto che si pone in parziale discontinuità con quanto fin qui sostenuto dalla gran parte della dottrina e della giurisprudenza, che generalmente hanno collocato l'accesso partecipativo (o endoprocedimentale) nell'art. 10 – mai menzionato dalla Plenaria –, separandolo da quello informativo (o esoprocedimentale) previsto dagli artt. 22 ss., benché gli stessi condividessero (sostanzialmente) il medesimo regime giuridico²¹.

I punti critici della decisione sono soprattutto due.

In primo luogo, come appena accennato, manca il richiamo all'art. 10, ove è pacificamente contenuto l'accesso partecipativo per definizione, ossia quello endoprocedimentale. Certo, potrebbe obiettarsi che il Collegio sia incorso in una mera dimenticanza, per cui, nel riferirsi a quello partecipativo, di fatto avrebbe voluto alludere all'accesso dell'art. 10.

Tuttavia, non può neppure escludersi che la Plenaria abbia rinvenuto nel dato normativo una nuova tipologia di accesso partecipativo (in parte differente da quello dell'art. 10), i cui connotati restano però piuttosto sfuggenti, in quanto per partecipazione di regola si intende quella procedimentale.

Per ciò delle due l'una: o l'accesso partecipativo al quale accenna la Plenaria costituisce una sorta di duplicazione dell'accesso dell'art. 10, il che avrebbe dell'inutile; oppure l'accezione di partecipazione utilizzata dal Collegio è più ampia di quella procedimentale²². Il che in effetti sembra potersi indurre da alcuni passaggi argomentativi della decisione²³, i quali potrebbero far pensare che la logica partecipativa sottesa alla sentenza in parola possa essere per certi versi assimilata a quella cui è vocato l'accesso civico *generalizzato*.

²¹ Sul punto, tra i vari, si v. F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. IV, 2000, pp. 943 ss., p. 963, i quali osservano che a quello endoprocedimentale si applica in ogni caso la disciplina contenuta nel Capo V della l. n. 241/1990.

²² Sulla nozione di partecipazione si v. G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativamente*, 7-9, 2015, p. 6, il quale, dopo aver messo in rilievo come la trasparenza sia evidentemente prodromica alla partecipazione procedimentale, osserva che detto strumentario dovrebbe perseguire la finalità della «partecipazione della collettività alla formazione della volontà amministrativa. In altri termini, dovrebbe finalmente passarsi dalla partecipazione "all'esercizio" della funzione pubblica, alla partecipazione "alla determinazione" della funzione pubblica».

²³ Il Collegio sostiene che l'accesso partecipativo si fonda «sul principio generale della *massima trasparenza possibile*, con il solo limite rappresentato dalle esclusioni elencate nei commi 1, 2, 3, 5 e 6 dell'art. 24 della medesima legge n. 241». Con tale accesso il legislatore avrebbe superato «l'idea dell'interesse privato 'occasionalmente protetto' in dipendenza dell'esercizio del potere, tracciando la strada, viceversa, per una tutela 'occasionalmente protetta' della legittimità amministrativa, divenendo – la conoscenza e la partecipazione del privato – momento fondante la trasparenza e l'imparzialità dell'amministrazione (v. l'art. 22, comma 2, della legge n. 241 cit.)». Corsivi di chi scrive.



Se così fosse, il 'nuovo' accesso partecipativo finirebbe appunto per tradursi in una sorta di accesso civico *generalizzato*, che – come noto – è atto a promuovere la partecipazione al dibattito pubblico (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 33/2013) e che è espressamente sottoposto (art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33/2013) ai limiti di cui all'art. 24, co. 1, l. n. 241²⁴.

Si tratterebbe dunque di una forma di accesso del tutto *sui generis*, che condividerebbe con quello tradizionale una parte del regime giuridico (legittimazione, oggetto e motivazione della istanza), ma che sembrerebbe avvicinarsi a quello civico *generalizzato* per quel che attiene alla funzionalizzazione, la quale verrebbe però contraddetta dall'esplicito divieto del suo utilizzo ai fini del controllo diffuso dell'operato della P.A.

Insomma, pare evidente che la ricostruzione dell'accesso documentale effettuata dalla Plenaria sia quantomeno di difficile lettura, non solo per effetto della non piena limpidezza di alcuni passaggi argomentativi, ma anche perché parzialmente eccentrica rispetto al quadro teorico che dottrina e giurisprudenza avevano fin qui definito.

In secondo luogo, la pronuncia del Consiglio di Stato appare 'eccessiva' nella parte in cui introduce una distinzione netta tra l'accesso difensivo e quello partecipativo, ritenendo che solo quest'ultimo sia funzionalizzato al perseguimento della trasparenza e della imparzialità della P.A.

La distinzione introdotta dalla Plenaria appare se non infondata, quantomeno priva di idoneo supporto argomentativo. Ed invero, il dato normativo corrobora la tesi opposta, ossia quella per cui ambedue le tipologie di accesso sono vocate a realizzare trasparenza e imparzialità amministrativa, permettendo di conoscere l'azione della P.A. nel corso del suo svolgersi (accesso endoprocedimentale) o allorché si sia già svolta (accesso esoprocedimentale)²⁵. In entrambe, infatti, convivono tanto una componente 'egoistica' (difensiva), che costituisce giocoforza l'occasione della conoscenza, quanto una componente 'altruistica' (*latu sensu* partecipativa), rappresentata dalla realizzazione della trasparenza e dell'imparzialità, il che rende obiettivamente difficile tenerle distinte sotto il profilo teleologico.

²⁴ Sulle finalità dell'accesso civico *generalizzato* si v., tra i vari: A. CORRADO, *Conoscere per partecipare* cit., pp. 155 ss.; G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il Foia Italiano: vincitori e vinti*, Santarcangelo di Romagna, 2019, pp. 17 ss., pp. 37 ss.; B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti* cit., pp. 40 ss.

²⁵ Come osserva G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso* cit., p. 18, dalla lettura dell'art. 22, l. n. 241, si ricava che l'intento del Legislatore del '90 fosse quello di garantire, attraverso il diritto di accesso, la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorire lo svolgimento imparziale di quest'ultima, la tutela della posizione individuale elevandosi «da mera rivendicazione dell'interesse privato, a mezzo per conseguire la realizzazione migliore dell'interesse pubblico, in una dimensione di confronto e contrapposizione tra prospettive antitetiche». Sul punto si v. anche M.A. SANDULLI, voce *Accesso* cit., p. 8.



4. Diritto d'accesso documentale e potere istruttorio del G.O.

Al fine di correttamente delimitare l'ambito di applicazione del diritto di accesso documentale, ma pure di comprendere il peso reale di altri strumenti presenti nell'ordinamento parimenti vocati – sebbene in maniera più indiretta – a realizzare (altresì) la trasparenza, è necessario definire i rapporti esistenti con gli altri mezzi di acquisizione documentale previsti dal diritto processuale.

Della definizione di tali rapporti è stata di recente investita l'Adunanza Plenaria, chiamata (da Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 4 febbraio 2020, n. 888) a chiarire la relazione che intercorre tra la «disciplina generale riguardante l'accesso agli atti amministrativi (ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990) e le norme processuali civilistiche previste per acquisizione dei documenti amministrativi al processo (secondo le previsioni generali ai sensi degli artt. 210 e 213 del cod. proc. civ; per la ricerca telematica nei procedimenti in materia di famiglia, ai sensi del combinato disposto di cui artt. 492-bis del cod. proc. civ. e 155-sexies delle disp. att. del cod. proc. civ.)»²⁶.

La necessità di coinvolgere l'organo nomofilattico è stata determinata dal contrasto interpretativo sorto proprio all'interno della Sezione remittente, che, con la sentenza n. 2472/2014, ha sostenuto la tesi secondo cui il diritto di accesso *ex l. n. 241/1990* sarebbe «esercitabile indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle [...] norme processuali civilistiche, o anche – eventualmente – concorrendo con le stesse»²⁷. Tuttavia, con la sentenza n. 3461/2017, la medesima Sezione ha mutato il proprio convincimento ritenendo che «la previsione da parte dell'ordinamento di determinati metodi di acquisizione, in funzione probatoria di documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, escluda o precluda l'azionabilità del rimedio dell'accesso ai medesimi secondo la disciplina generale di

²⁶ È doveroso segnalare che l'Adunanza Plenaria era stata investita della stessa questione sempre dalla Sez. IV (ordinanza 4 febbraio 2020, n. 890), sulla quale si è espressa con la sentenza 25 settembre 2020, n. 19, enunciando i medesimi principi di diritto di cui alla successiva n. 21/2020 cit.

²⁷ Accedere a tale orientamento, si legge nell'ordinanza di rimessione, «equivarrebbe ad affermare tre principi: - il primo, che il diritto di accesso *ex lege n. 241/1990* potrebbe essere esercitato [...] prima ed indipendentemente dal fatto che il giudice del procedimento autorizzi la produzione di determinati documenti [...]; - il secondo, che l'accesso *ex lege n. 241/1990* potrebbe essere esercitato anche cumulativamente, rispetto alle previsioni sulle acquisizioni secondo la normativa processualcivilistica; - il terzo, che l'accesso *ex lege n. 241/1990* potrebbe essere esercitato anche quando il giudice del procedimento civile non abbia disposto il deposito della documentazione a carico delle parti o non abbia autorizzato le istanze istruttorie formulate dalle parti». In questo senso si v. anche Tar Lazio, Roma, Sez. II *ter*, sentenza 3 aprile 2018, n. 3702: «il diritto alla trasparenza dell'azione amministrativa costituisce situazione attiva meritevole di autonoma protezione indipendentemente dalla pendenza e dall'oggetto di una controversia giurisdizionale o di una potenziale controversia tra i privati e non è condizionata al necessario giudizio di ammissibilità e rilevanza cui è subordinata la positiva deliberazione di istanze a finalità probatorie, tanto che è rimesso al libero apprezzamento dell'interessato avvalersi della tutela giurisdizionale prevista dall'art. 25, l. n. 241 del 1990 ovvero di conseguire la conoscenza dell'atto nel diverso giudizio pendente tra le parti mediante la richiesta di esibizione istruttoria».



cui alla legge n. 241 del 1990»²⁸. Nondimeno, nelle pronunce più recenti la Sezione IV è ritornata sui suoi passi, mostrando nuovamente preferenza per l'orientamento più risalente²⁹.

Insomma, perdurava il dubbio se il diritto di accesso *ex l. n. 241* fosse esercitabile indipendentemente dai mezzi di acquisizione probatoria contenuti nel c.p.c. ovvero se questi ultimi ne inibissero l'utilizzo.

La Plenaria nella già richiamata sentenza n. 21/2020 ha concluso nel senso della complementarietà tra diritto d'accesso e strumenti processuali di acquisizione documentale, ritenendo che la l. n. 241, attraverso l'accesso (che il Collegio definisce) difensivo (ossia quello dell'art. 24, co. 7), abbia contribuito ad arricchire il paniere di strumenti di ricerca in funzione probatoria contenuti nel c.p.c.

L'iter argomentativo della Plenaria si presenta molto articolato. Essa ha principiato osservando che la situazione legittimante l'accesso è distinta da quella legittimante l'impugnativa giudiziale, con la conseguenza che il diritto di accesso difensivo «non è riducibile a un mero potere processuale». Ciò vale segnatamente in relazione al giudizio civile, in cui l'azione volta a far valere la pretesa sostanziale è autonoma rispetto a quella finalizzata a reperire la documentazione utile a sostenere la difesa.

Ne consegue che l'accesso difensivo non presuppone necessariamente l'instaurazione o la pendenza in concreto di un giudizio: la disposizione di cui al co. 7 dell'art. 24, nel garantire la cura e la difesa degli interessi giuridicamente rilevanti, lascerebbe intendere la priorità logica della conoscenza degli elementi che occorrono per decidere se instaurare un processo e come costruire una strategia difensiva, fermo restando che alla domanda di accesso non deve per forza seguire un contenzioso in senso tecnico.

Considerata la equivalenza sotto il profilo effettuale, la Plenaria non manca di sottolineare la differenza tra l'accesso e gli strumenti di acquisizione probatoria propri del c.p.c. Secondo il Collegio l'accesso difensivo «ha una duplice natura giuridica, sostanziale e processuale». Quella sostanziale si risolve nell'essere strumentale alla tutela di una situazione giuridica finale; quella processuale invece si sostanzia nel rafforzamento della pretesa di conoscenza tramite la previsione di un'azione giurisdizionale, rendendo giustiziabile l'eventuale illegittimo diniego o silenzio (v. l'art. 116 c.p.a.). Viceversa, gli strumenti di acquisizione probatoria si muovono esclusivamente sul piano del processo; sono assoggettati alla prudente valutazione del giudice; i rigetti non sono autonomamente impugnabili, gli eventuali vizi dell'istruttoria rilevando come motivi di gravame della sentenza.

²⁸ Nell'ordinanza di rimessione si mette in rilievo che sposare la tesi restrittiva «equivarrebbe a dire che il privato non potrebbe mai azionare il diritto di accesso agli atti richiesti, pur se qualificati in senso sostanziale come atti amministrativi, dovendosi sempre rimettere, per la tutela delle proprie situazioni giuridiche, all'esercizio dei poteri istruttori del giudice civile, quando dunque il procedimento civile già pende».

²⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 29 luglio 2019, n. 5347.



Sicché tra le disposizioni riguardanti l'acquisizione documentale non vi sarebbe contrasto, in quanto operanti su piani diversi: bisogna infatti tenere «distinti, da un lato, la pretesa all'ostensione del documento nei confronti della pubblica amministrazione, intesa quale protezione accordata all'interesse sostanziale alla conoscenza e, dall'altro lato, il diritto alla prova, inteso come protezione dell'interesse processuale della parte alla rappresentazione in giudizio, attraverso un determinato documento, dei fatti costitutivi della domanda, subordinato alla duplice valutazione giudiziale della concluzione e della rilevanza dello specifico mezzo di prova».

Del resto – prosegue la Plenaria – la natura giuridica dei metodi di acquisizione probatoria previsti dal c.p.c. e le relative norme di attuazione non porrebbero alcun ostacolo al fatto che la parte di un processo provi a procurarsi documenti in possesso della P.A. tramite il diritto d'accesso.

Ed invero, gli strumenti di cui agli artt. 210, 211 e 213 c.p.c. costituiscono solo uno dei possibili metodi di acquisizione delle prove nel processo civile, accanto a quello della produzione documentale ad opera della parte.

Al fine di comprendere il rapporto tra detti metodi la Plenaria ritiene decisivo il fatto che per ottenere l'ordine giudiziale di esibizione è necessario (*ex art. 118, co. 1, c.p.c.*) che il documento richiesto sia indispensabile per conoscere i fatti della causa. Proprio il requisito della indispensabilità renderebbe – secondo la lettura offerta dal Collegio – gli ordini di esibizione in parola la *extrema ratio*, potendo essere adottati solo qualora la parte non sia in condizione di acquisire il documento attraverso altri strumenti preposti dall'ordinamento³⁰.

Sicché, al potere istruttorio di ordinare la esibizione *ex artt. 210, 211 c.p.c.* oppure di formulare richieste di informazioni alla P.A. *ex art. 213 c.p.c.* dovrebbe «attribuirsi natura sussidiaria e residuale rispetto alla possibilità, pratica o giuridica, che la parte abbia di procurarsi da sé, fuori dal processo (quindi anche attraverso lo strumento dell'accesso documentale difensivo *ex art. 24, comma 7, l. n. 241/1990*), le prove precostituite idonee a dimostrare i fatti da essa allegati, né i menzionati poteri processuali possono essere esercitati per supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante»³¹.

³⁰ Secondo la Corte di cassazione i poteri istruttori del giudice disciplinati agli articoli 210, 211 e 213 cod. proc. civ. hanno carattere residuale, non potendo essere esercitati per acquisire atti o documenti della P.A. che la parte è in condizione di produrre (v. Cassazione civile, sez. III, sentenza 12 marzo 2013, n. 6101; sez. II, sentenza 11 giugno 2013, n. 14656).

³¹ Ad analoghe conclusioni il Collegio perviene indagando i poteri istruttori d'ufficio di acquisizione documentale attribuiti al G.O. nei procedimenti in materia di famiglia, nei quali «– specie nei casi in cui non vengano in questione interessi di minori, dove il regime dell'onere di allegazione e di prova è più attenuato in ragione del carattere tendenzialmente indisponibile dei diritti in contesa – il principio per cui l'esercizio dei poteri, anche officiosi, di indagine attribuiti al giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia richiede, da un lato, che la parte abbia fatto tutto quanto è in suo potere per offrire la prova dei fatti che è interessata a dimostrare, non essendo i poteri d'ufficio esercitabili per supplire eventuali carenze probatorie addebitabili alla



Ad avviso della Plenaria, dunque, la disciplina processualcivilistica non solo non rappresenta un limite all'esperibilità dell'accesso documentale (c.d. difensivo), ma addirittura «sembra presupporre (e in qualche modo imporre) il suo previo esperimento».

D'altra parte – aggiunge il Collegio – a fronte del beneficio che ne trarrebbe l'effettività della tutela, non vi sarebbe alcun pregiudizio per il controinteressato, ciò almeno per due ragioni.

In primo luogo, ai fini del bilanciamento tra diritto di accesso difensivo e tutela della riservatezza troverebbe applicazione il criterio generale della necessità della cura di un interesse giuridicamente rilevante, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente rispetto alla riservatezza. In secondo luogo, il controinteressato ha comunque a disposizione tutti gli strumenti procedimentali e processuali per difendere la propria posizione contrapposta a quella del richiedente l'accesso³².

Così l'Adunanza plenaria esprime il principio di diritto secondo cui l'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri giurisdizionali di esibizione di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla P.A.

Le ragioni che spingono la Plenaria a preferire l'orientamento meno restrittivo sono evidenti: se si seguisse la tesi opposta si finirebbe per incidere in modo pregiudizievole sul diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e su quello alla formazione della prova, la realizzazione dei quali passa per la possibilità di usare tutti gli strumenti offerti dall'ordinamento per influire sull'accertamento del fatto sia in sede stragiudiziale e nella fase preprocessuale, sia poi eventualmente in sede processuale.

Dunque, al fine di consentire la più ampia tutela giurisdizionale possibile (non limitandola però al solo momento processuale) il rapporto tra l'istituto dell'accesso difensivo e i menzionati istituti processualcivilistici non può che essere ricostruito in termini di complementarietà.

In questa prospettiva l'accesso in parola supera gli angusti limiti del rapporto procedimentale tra il privato e la P.A., divenendo strumento per dimostrare i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi delle situazioni giuridiche qualificate³³,

parte che ne solleciti l'esercizio, e, dall'altro, che la stessa fornisca elementi di fatto specifici e circostanziati, idonei a rendere la contestazione della documentazione prodotta dalla controparte sufficientemente specifica da imporre un approfondimento istruttorio».

³² Peraltro, l'accoglimento dell'istanza di accesso non rende il documento acquisito liberamente trattabile dal soggetto richiedente, il quale è tenuto a utilizzarlo esclusivamente ai fini difensivi per cui l'ostensione è stata richiesta.

³³ Qualunque essa sia, purché sia 'azionabile' in caso di lesione. Ciò rende utilizzabile l'accesso difensivo a prescindere dall'autorità giudiziaria eventualmente adita (ordinaria, amministrativa, contabile o altro giudice speciale).



indipendentemente dal contesto entro il quale l'interesse dell'istante può essere curato o difeso, quindi anche fuori dal processo e finanche in una lite tra privati.

5. *Qualche considerazione conclusiva.*

È così giunto il momento di rassegnare qualche breve considerazione conclusiva. Si è visto che il diritto di accesso documentale non smette di far parlare di sé. L'attualità delle 'vicende' che lo hanno riguardato è da ricollegare, tra l'altro, al fatto che – nonostante, per un verso, la sua disciplina sia piuttosto risalente e, per altro verso, sia stato affiancato nel corso del tempo da strumenti (quantomeno in apparenza) più penetranti – esso si conferma come uno degli alleati più fedeli, nel senso di efficaci, della trasparenza amministrativa e, più in generale, della conoscenza.

A dispetto dei numerosi limiti che lo connotano geneticamente, il diritto di accesso disciplinato dalla l. n. 241 ha infatti finito per prevalere in ogni 'braccio di ferro' consumatosi con altri istituti rivolti all'acquisizione documentale. Ciò è accaduto ad esempio quando è stato messo 'in competizione' con l'accesso civico *generalizzato*³⁴ e, di recente, con i poteri di acquisizione probatoria del G.O.

La natura difensiva che lo caratterizza, la tassatività dei casi di esclusione – i quali non sono così difficilmente superabili in presenza della dimostrata necessità di difesa e cura di interessi giuridici propri dell'accedente –, la versatilità derivante dal paradigma normativo – che gli permette di manifestare la propria *vis* espansiva anche in ambiti non convenzionali – confermano il suo ruolo di baluardo della conoscenza.

Emblematico è il caso posto all'attenzione dell'Adunanza Plenaria, che – al netto di un percorso logico non propriamente lineare e di classificazioni teoriche non del tutto condivisibili – ha perentoriamente affermato che l'accesso documentale, dalla stessa denominato difensivo, possa essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri del G.O. di esibizione di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla P.A.; poteri cui la parte processuale deve attingere in via residuale.

³⁴ Ed invero, come osservato da C. CUDIA, *Publicità e diritto alla conoscibilità* cit., p. 112, i casi di esclusione dell'accesso *generalizzato* appaiono «più ampi ed incisivi di quelli previsti dall'art. 24 della l. 241/1990». Non è di questo avviso S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) e il suo coordinamento con istituti consimili*, in *www.federalismi.it*, 23, 2016, pp. 12-13. La giurisprudenza, comparando i due istituti in parola, ha altresì messo in rilievo che diverso appare anche il bilanciamento tra gli interessi in gioco effettuato dalla P.A. Tar Campania, Napoli, sez. VI, sentenza 30 settembre 2020, osserva infatti che, mentre *ex l. n. 241/1990* «la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti», ove si tratti di quello *generalizzato* «le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) dei dati, documenti e informazioni». In tal senso, si v. anche, tra le varie, Tar Lazio, Roma, sez. I *quater*, sentenza 31 gennaio 2018, n. 1126.



La Plenaria ha fondato la propria tesi su una insolita classificazione delle varie tipologie di diritto d'accesso contenute nella l. n. 241, distinguendo un (non ben definito) accesso partecipativo –vocato a realizzare trasparenza e imparzialità – da quello difensivo – del tutto sganciato dalla logica procedimentale, la cui unica finalità sarebbe quella di garantire la difesa degli interessi giuridici dell'accedente. E così, tutte le volte in cui quest'ultima finalità viene a configurarsi, il diritto d'accesso dovrebbe essere concesso, senza che sia necessario verificare se allo stesso siano sottesi anche fini di carattere partecipativo, i quali divengono del tutto irrilevanti³⁵.

Come già accennato a più riprese la sentenza è difficile da condividere, tra l'altro perché pure l'accesso rivolto solamente alla cura degli interessi giuridici del richiedente finisce giocoforza per realizzare – seppur indirettamente – la trasparenza e conseguentemente l'imparzialità. A ben riflettere, il processo civile, come qualsiasi altro ambito nel quale l'accesso viene esercitato, finiscono per costituire una ulteriore occasione per rendere visibile e comprensibile l'operato della P.A.

La trasparenza, dunque, benchè 'ammaliata' da metodi di conoscenza in apparenza più efficaci – quelli giurisdizionali, ma pure quelli nelle mani del *quisque de populo* – per essere garantita in maniera piena ed effettiva mostra di avere bisogno segnatamente dell'accesso documentale.

La rilevanza e l'autonomia di quest'ultimo, se da un lato rassicurano i 'frontisti' del potere amministrativo, dall'altro mettono ancor più in evidenza la presenza di un vero e proprio cortocircuito normativo: a ben vedere, la molteplicità di strumenti di conoscenza non corrisponde necessariamente ad un incremento di trasparenza e di tutela; anzi essi determinano più che altro confusione, che rappresenta l'anticamera della opacità.

Concludendo, l'Adunanza plenaria n. 21/2020 costituisce un'ulteriore occasione di riflessione. Essa segnala infatti che una semplificazione in materia non è più rimandabile. Anzitutto andrebbe ripensato il diritto d'accesso, il quale sarebbe opportuno venisse ricondotto ad unità normativa, ciò che non comprometterebbe affatto il perseguimento di più finalità; andrebbero poi regolati (anche solo in linea di principio) i rapporti con gli altri metodi di acquisizione di documenti e informazioni

³⁵ Ciò a differenza di quanto sostenuto dai precedenti orientamenti favorevoli alla tesi restrittiva. Tra questi, Tar Lazio, Roma, sez. II, sentenza 12 ottobre 2016, n. 10175, sposando appunto una tesi diversa da quella poi fatta propria dalla Plenaria, ha osservato come «un interesse eterogeneo rispetto all'oggetto dell'azione amministrativa» non può legittimamente supportare l'istanza di accesso, in quanto «è totalmente estraneo alle finalità, non solo di carattere partecipativo, ma anche di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa, cui sono preordinate le norme sull'accesso ai documenti dell'amministrazione, per cui la definizione di "interessati" di cui all'art. 22 l. n. 241 del 1990 va intesa nel senso di interesse coinvolto dall'attività amministrativa cui inerisce il documento di cui è chiesta l'ostensione (cfr. TAR Lazio, I, 8 marzo 2011, n. 2083)». Secondo il Tar Lazio, dunque, la concorrenza dello strumento previsto dall'art. 210 c.p.c. esclude, a maggior ragione, la possibilità di utilizzare il diritto di accesso, in quanto la relativa richiesta «neppure può essere supportata da un'eventuale mancanza di altri strumenti previsti dall'ordinamento per ottenere l'esibizione di documentazione da utilizzare nel processo civile».



al fine di delimitare i relativi ambiti di applicazione così da sottrarli a quell'incertezza che finisce paradossalmente per ridimensionare la portata di ciascuno di essi.