COMPARARE DIRITTI

7

Direttore

Giovanni Cordini
Università degli Studi di Pavia

Comitato scientifico

Gianmaria Ajani
Università di Torino

Guido Alpa †
Sapienza – Università di Roma

Domenico Amirante
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Giampiero Di Plinio
Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio" di Chieti–Pescara

Carlo Fusaro
Università degli Studi di Firenze

Lucilla Gatt
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

Maurilio Gobbo
Università degli Studi di Padova

Guido Guidi
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Myriam Iacometti
Università degli Studi di Milano

Lucio Pegoraro
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Gian Maria Piccinelli
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Lorenza Violini
Università degli Studi di Milano

Jacques Philippe Emmanuel Ziller
Università degli Studi di Pavia

Comitato redazionale

Matteo Benozzo

Dimitri De Rada

Damiano Fuschi

Roberto Louvin

Patrizia Macchia

Vincenzo Pepe

Giuseppe Carlo Ricciardi

Alessandro Venturi

COMPARARE DIRITTI

La collana offre agli studiosi delle discipline giuridiche comparate un'opportunità per la pubblicazione e la divulgazione dei loro studi e ricerche. A proposito delle finalità della comparazione giuridica, uno dei più autorevoli comparatisti, introducendo il suo notissimo volume sui sistemi giuridici, scriveva: « I motivi d'interesse del diritto comparato possono essere brevemente raggruppati in tre ordini [...] è utile alle ricerche storiche o filosofiche concernenti il diritto [...] serve ad approfondire la conoscenza del diritto nazionale e a migliorarlo [...] contribuisce ad una migliore comprensione dei popoli stranieri e a un migliore regime del diritto internazionale » (R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, quarta edizione italiana a cura di Rodolfo Sacco, pag. 3). In una nota intervista, Rodolfo Sacco osservava che « la comparazione consente di scoperchiare gli ordinamenti e vedere le cose che ci sono dentro, finora tenute nascoste perché in ognuno di questi ordinamenti hanno qualità crittotipica categorie che in altri sistemi sono note » (R. Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, a cura di P. Cendon, Giuffrè, Milano 1992, pag. 5 dell'intervista a cura di Antonio Gambaro). In "Comparare diritti" sono pubblicate opere di alto livello scientifico, anche in lingua straniera, per facilitarne la diffusione internazionale.

Il direttore approva le opere e le sottopone alla revisione paritaria con il sistema del "doppio cieco" (*double blind peer review*) nel rispetto dell'anonimato sia dell'autore, sia dei due revisori che sceglie: l'uno da un elenco deliberato dal comitato di direzione, l'altro dallo stesso comitato in funzione di revisore interno. I revisori rivestono o devono aver rivestito la qualifica di professore universitario di prima fascia nelle università italiane o una qualifica equivalente nelle università straniere.

Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni:

a) pubblicabile senza modifiche;
b) pubblicabile previo apporto di modifiche;
c) da rivedere in maniera sostanziale;
d) da rigettare.

Il revisore terrà conto della:

a) significatività del tema nell'ambito disciplinare prescelto e originalità dell'opera;
b) rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale;
c) attenzione adeguata alla dottrina e all'apparato critico;
d) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale;
e) rigore metodologico;
f) proprietà di linguaggio e fluidità del testo;
g) uniformità dei criteri redazionali.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore, salvo casi particolari in cui il direttore provveda a nominare tempestivamente un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le schede di valutazione verranno conservate. Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali il direttore della collana, in assenza di osservazioni negative, ritiene approvata la proposta. Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. Il direttore, su sua responsabilità, può decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.

Classificazione Decimale Dewey:

342.45066 (23.) PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. ITALIA

DANIELE **GRANARA**

L'ACCESSO AGLI ATTI AMMINISTRATIVI NEL DIRITTO COMPARATO

Prefazione di

GUIDO **GUIDI**

aracne

©

ISBN
979–12–218–1539–9

PRIMA EDIZIONE
ROMA 31 OTTOBRE 2024

INDICE

9 *Prefazione*
di Guido Guidi

11 *Introduzione. Democrazia, trasparenza, accesso agli atti, partecipazione*

19 Capitolo I
L'accesso dei singoli

I.1. Il labile interesse all'ostensione, 19 – I.1.1. *Le due orbite*, 28 – I.2. Le modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi, 32 – I.3. I tempi dell'accesso, 36 – I.4. Rimedi e tutela, 39 – I.5. Profili comparatistici. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi nell'esperienza francese, 43.

53 Capitolo II
L'accesso di controllo politico

2.1. La verifica sulla legittimazione attiva, 53 – 2.1.1. *Una ratio diversa*, 60 – 2.1.2. *Il diritto di accesso generalizzato e il diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali e provinciali ex art. 10 T.u.e.l. (Cenni e rinvio)*, 63 – 2.2. Modalità dell'accesso, 64 – 2.3. I tempi dell'accesso, 68 – 2.4. Conseguenze penali del comportamento omissivo delle Amministrazioni, 73 – 2.5. Rimedi, 75 – 2.6. Aspetti comparatistici (cenni e rinvio), 75.

79 Capitolo III
L'accesso civico

3.1. Il FOIA italiano, 79 – 3.2. Il procedimento, 88 – 3.3. I limiti, 90 – 3.4. Le garanzie, 94 – 3.5. Accesso civico e contratti pubblici, 97 – 3.5.1. *La speciale disciplina procedimentale e processuale dell'accesso prevista dal Codice dei contratti*, 103.

109 Capitolo IV

L'accesso civico nel modello anglosassone e nei paesi europei

4.1. Premessa, 109 – 4.2. I modelli britannico e statunitense, 110 – 4.2.1. *Due modelli diversi*, 110 – 4.2.2. *Il FOIA negli Stati Uniti: dal paradigma alla crisi*, 112 – 4.2.3. *Il FOIA britannico: un sistema efficiente*, 118 – 4.3. L'esperienza spagnola, 121 – 4.3.1. *La Legge 1° ottobre 2015, n. 39 sul Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, 121 – 4.3.2. *La Legge 9 dicembre 2013, n. 19, De transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG)*, 125 – 4.3.3. *Il Buen gobierno*, 132 – 4.3.4. *Derecho a un medio ambiente*, 134 – 4.3.5. *Derecho de petición individual y colectiva*, 139 – 4.4. L'esperienza tedesca, 141 – 4.4.1. *Inquadramento: le disposizioni in materia di accesso agli atti diverse dal FOIA*, 141 – 4.4.2. *Il FOIA tedesco: ambito di applicazione*, 145 – 4.4.3. *Le eccezioni*, 146 – 4.4.4. *Procedimento e giustiziabilità*, 148.

151 Capitolo V

Accesso in materia di interessi collettivi e diffusi. La sua declinazione ambientale nel contesto internazionale

5.1. Interessi collettivi e diffusi, 151 – 5.2. Ambiente, diritto all'ambiente salubre e sua giustiziabilità, 155 – 5.2.1 *La legittimazione ad agire dei Comitati civici e delle associazioni in materia di tutela ambientale*, 161 – 5.3. La tutela internazionale dell'ambiente e il diritto all'informazione, 167 – 5.3.1. *Convenzioni e accordi internazionali*, 168 – 5.3.2 *L'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile e partecipazione pubblica*, 170 – 5.3.3. *La Convenzione di Aarhus...*, 172 – 5.3.4. *(Segue) …E il recepimento imperfetto da parte dell'Unione Europea*, 181 – 5.4. La soluzione italiana, 186 – 5.5. L' informazione e l'accesso ambientale negli altri Paesi europei, 189.

193 Capitolo VI

L'accesso agli atti nel diritto europeo

6.1. L'accesso agli atti, diversi livelli di tutela, 193 – 6.2. Il quadro normativo dell'Unione europea, 196 – 6.2.1. *Il codice di condotta sull'accesso del pubblico ai documenti della Commissione*, 197 – 6.2.1.1. *Allegato al Codice di condotta relativo all'accesso del pubblico ai documenti della Commissione e del Consiglio*, 198 – 6.2.2. *Il Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*, 200 – 6.2.3. *Il principio di trasparenza*, 202 – 6.3. La giurisprudenza della CGUE in materia di accesso, 204 – 6.4. Accesso all'informazione, partecipazione dei cittadini e accesso alla giustizia in materia ambientale, Convenzione di Aarhus (cenni e rinvio), 207 – 6.5. Il Consiglio d'Europa: il quadro normativo, 208 – 6.6. La giurisprudenza della Corte EDU, 210.

213 *Bibliografia*

229 *Indice degli autori*

PREFAZIONE

Il lavoro di Daniele Granara su "*L'accesso agli atti amministrativi nel diritto comparato*" testimonia l'ampiezza della visione dell'autore, studioso di diritto costituzionale, interprete innovativo del diritto amministrativo, cultore del diritto comparato, difensore attivo dei diritti di libertà.

Granara affronta le problematiche dell'accesso agli atti con l'apparato ermeneutico proprio dell'amministrativista, senza tralasciare gli arricchimenti culturali connessi al diritto costituzionale, il diritto comparato, il diritto europeo, che rendono il lavoro particolarmente fecondo.

Sotto il dominio delle ideologie era radicata la convinzione che le funzioni assolte dalla Pubblica Amministrazione si dovessero considerare marginali rispetto ai più nobili esiti escatologici, legati alla competizione sulla formula politica istituzionalizzata. Su questo presupposto era ampiamente diffusa la convinzione che, una volta affermatosi lo Stato ideale, l'equità e l'efficienza dell'agire amministrativo si sarebbero affermate di per sé, necessariamente, come naturale conseguenza dell'affermazione della formula politica vincente.

In questo contesto si riteneva, a buon diritto, che il vero potere si dovesse collocare nei Parlamenti, mentre all'Amministrazione pubblica sarebbe spettata solo una funzione servente, subordinata alla politica.

La fine delle ideologie rivaluta la Pubblica Amministrazione, soprattutto a seguito dell'accettazione dei principi liberali che, nella prospettiva solidale, riflettono un rapporto qualitativamente diverso tra società e Stato. Una società diversa che, carica d'indulgenza, chiede autorità

leggere, ma idonee a garantire esiti di buona amministrazione, per mezzo di un ceto politico deburocratizzato e depoliticizzato, predisposto all'ossequio delle regole di efficienza, trasparenza, responsabilità.

Questo diverso senso della domanda politica, apparentemente meno nobile rispetto alle aspettative politiche di sistema, non è tuttavia di minor pregio, se si considera che si colloca nella prospettiva di garantire in concreto i diritti e le libertà.

In questo rinnovato rapporto pubblico-privato, cambiano le aspettative dei cittadini che chiedono di contare di più, e più spesso, su ogni questione che li riguardi, direttamente o indirettamente, al di là e oltre la celebrazione dei riti elettorali, rivendicando concrete funzioni partecipative, di vigilanza, denuncia e verifica, capaci di arricchire la democrazia rappresentativa dei contenuti della democrazia partecipata.

Si ampliano così i confini democratici e si afferma la piena sovranità dei cittadini, che si trasforma da sovranità d'investitura e di delega in sovranità attiva, a seguito della riconversione verso dinamiche che tendono a superare i rapporti di tipo verticistico e oligarchico, generando nuove relazioni e condivisioni di tipo orizzontale.

Come osserva H. Kelsen «democrazia significa identità di governanti e governati, di soggetto e di oggetto del potere, governo del popolo sul popolo». In questa prospettiva, il senso autentico della democrazia si compie attraverso la rivalutazione di una serie di prerogative che, se apparentemente di minor pregio, paiono in grado di attribuire effettivi contenuti alla sovranità.

Tra la democrazia rappresentativa, in crisi ovunque, con manifestazioni talvolta di malessere estremo, e la democrazia diretta, irrealizzabile nonostante la miracolistica esaltazione del potere delle reti cibernetiche, si deve poter contare su una terza via, caratterizzata da istituzioni e procedimenti in grado di colmare i limiti della rappresentanza, attraverso la partecipazione e la trasparenza dell'agire amministrativo. Il lavoro di Granara s'innesta in questa dinamica prospettica che, dando valore al diritto amministrativo, ambisce valorizzare soprattutto il diritto costituzionale comparato.

Guido Guidi

INTRODUZIONE

DEMOCRAZIA, TRASPARENZA, ACCESSO AGLI ATTI, PARTECIPAZIONE

Il tema dell'accesso agli atti delle Autorità pubbliche è essenziale non solo, come potrebbe apparire ad un'analisi legalitaria, per garantire l'irrinunciabile valore della trasparenza[1], ma ancora prima per l'affermazione concreta e diffusa del fondamentale principio democratico.

Quest'ultimo, proclamato nel primo articolo della Costituzione italiana, quale contributo costitutivo della forma di stato, in netta contrapposizione con il precedente regime, è elemento integrante (con il principio personalista, il principio della separazione dei poteri e il sistema di giustizia costituzionale) del patrimonio costituzionale comune dei Paesi dell'Unione Europea e requisito imprescindibile per l'adesione

(1) Sul principio generale di trasparenza, cfr. M. Ramajoli, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Diritto amministrativo*, XXXII, fasc. 2, Giuffrè, Milano, 2024, 471-495, secondo la quale, dopo aver rinvenuto il suo fondamento costituzionale nel combinato disposto degli artt. 1, 3, 21, 24, 28, 97, 98, 113 Cost. e con un aggancio immediato nell'art.21 Cost., "anche a livello sovranazionale la trasparenza è andata incontro a un processo di arricchimento contenutistico inteso a valorizzarne il sostrato democratico. Così, dopo che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 19), la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 11) e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 10) hanno incluso all'interno della libertà di espressione la libertà di cercare e ricevere informazioni e idee, successivamente si è giunti al riconoscimento espresso del diritto di accesso ai documenti in possesso delle autorità europee quale principio generale dell'ordinamento eurounitario (art. 15, par. 3, primo comma TFUE e art. 42 della Carta di Nizza). Quindi, a livello sia nazionale sia sovranazionale, la trasparenza assume sembianze proattive, che si realizzano con la pubblicazione e la diffusione delle informazioni, dati e documenti da parte delle istituzioni pubbliche, e sembianze reattive, che necessitano di una richiesta specifica di accesso alle informazioni". Cfr. M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa,* in *Giorn. dir. amm*., 2013, 795 ss.

e la permanenza nell'Unione. Trattasi di un principio non negoziabile, che indica la qualità minima dello svolgersi dell'azione politica, ad ogni livello di governo.

Ne consegue l'estremo interesse dell'esame comparatistico dell'accesso, che costituisce, in tutti i Paesi europei e negli Stati Uniti, che ne hanno rappresentato il modello propulsore (il primo FOIA americano risale al 1966), la linfa vitale della trasparenza e, quindi, della democrazia.

Democrazia significa certamente osservanza della regola della maggioranza per l'assunzione di ogni decisione politica (ed *in primis* per l'approvazione delle leggi, che della politica sono la massima espressione), ma anche e soprattutto rispetto dei diritti inviolabili, tanto che la giustizia costituzionale è deputata essenzialmente, nei Paesi democratici, a garantire che le leggi approvate dai rappresentanti del popolo non pregiudichino tali diritti inalienabili, per loro natura non sottoponibili al giudizio altrui.

Questa è la cifra distintiva delle democrazie liberali e il loro atteggiarsi nello Stato contemporaneo, a seguito di una lunga, anche se bipartita, tradizione storica, le cui radici risalgono, per la cultura giuridica britannica di *common law*, alla *Magna Charta Libertatum* del 1215 (perfezionata, nel trascorrere dei secoli, dal *Bill of Rights* del 1689) e, per la cultura giuridica europea di derivazione francese, alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, nella temperie della Rivoluzione, modernizzatrice della civiltà occidentale.

Democrazia presuppone trasparenza: quest'ultima è precondizione dell'agire democratico e del rispetto dei diritti inviolabili. Non a caso i regimi dittatoriali, nei quali è eluso il principio della separazione dei poteri, anche quando apparentemente affermato, sono circondati da un velo di segretezza che avvolge i processi decisionali, i meccanismi dei quali sono spesso ignoti nella loro effettività e solo formalisticamente ratificati dagli apparati istituzionali.

Più alto è il livello di trasparenza, più avanzato è lo stato della democrazia e, correlativamente, il tasso di autoritarismo cresce con l'aumento della segretezza.

D'altra parte, nella storia, le dittature, le autocrazie e i regimi autoritari in genere sono sempre stati sospettosi nei confronti della divulgazione delle informazioni, della circolazione delle idee e dei dibattiti

formativi dell'opinione pubblica, aspetti sempre considerati pericolosi per la stabilità del regime, come conferma l'odierna esperienza di molte realtà statuali, nonostante una pressione mediatica multiforme, incomparabile rispetto passato.

Quest'ultima, peraltro, se non riesce a scalfire il muro del silenzio e della propaganda dei regimi autoritari, per una sorta di eterogenesi dei fini, pone seri problemi di pluralismo informativo nei regimi democratici. Ciò è assai preoccupante, poiché trasparenza e pluralismo informativo costituiscono l'endiadi connotante la democrazia.

È un fenomeno ben conosciuto dal costituzionalismo moderno e dalla dottrina dello Stato.

Infatti, il passaggio dallo Stato assoluto, caratterizzato dalla concentrazione dei poteri nel Sovrano (si pensi alla Francia di Luigi XIV), allo Stato costituzionale liberale, avvenuto tra la fine del XVII e la fine del XVIII Secolo, dapprima in Inghilterra, all'esito della *Glorious Revolution*, negli Stati Uniti con la Dichiarazione di Indipendenza del 4 luglio 1776 e in Francia con la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 26 agosto 1789[(2)], fu qualificato all'origine, e poi per tutta la prima metà del Secolo XIX, dalle rivendicazioni della Costituzione, ove fosse sancita, *in primis*, la libertà di stampa, unitamente al principio della separazione dei poteri.

Ciò a partire dalla Costituzione di Cadice del 1812 fino allo Statuto Albertino del 1848, passando per le Costituzioni del '20-'21

(2) Il passaggio tra lo Stato assoluto e lo Stato liberale è avvenuto all'esito di tre grandi Rivoluzioni: la *Glorious Revolution* in Gran Bretagna, nel 1688-1689, che portò al *Bill of Rights* del 1689, la Rivoluzione americana, nel 1775, che sfociò nella Costituzione Americana del 1787 e la Rivoluzione Francese del 1789, che sfociò nella Costituzione monarchica del 1791. Tutte e tre queste Costituzioni applicano il principio della separazione dei poteri, teorizzato da Montesquieu nel *De l'Esprit des lois* del 1748 (cfr. C. L. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, Rizzoli, L. XI, cap. IV, 1989; J. Boguszak, P. Peška, *La théorie de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu, sa sinification et son sort, in Bulletin de droit tchécoslovaque*, in *Revue d'Histoire littéraire de la France, Presses Universitaires de France*, 1955, 79; G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1984; W. Kägi, *Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung*, in *Zur heutigen Problematik*., 290; F. Neumann, *Lo studio democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, Bologna, 1953, 225 ss; P. Barrière, *Un grand Provincial: Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, Bordeaux*, 1946, 312 ss.: M.H. Waddicor, *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law, The Hague*, 1970, 181 ss.; C. L. Montesquieu (*Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu*), *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Utet, Torino, 1973 (rist. II ed.), vol. I, Prefazione, 50).

(Costituzione del Regno delle Due Sicilie e Costituzione del Regno di Sardegna) e del '30-'31 (Costituzione francese, Costituzione belga e Costituzione delle Province Unite Italiane).

Era pertanto, fin da allora, radicata la convinzione, nei Movimenti liberali di tutta Europa per la Costituzione, che solo una stampa libera poteva formare un'opinione pubblica forte e consapevole, senza la quale nessun sistema effettivamente democratico poteva realizzarsi e consolidarsi.

L'esigenza di pubblicità e trasparenza era la base del pensiero liberale e del processo di modernizzazione della forma di stato che si era avviato e promosso nei Paesi occidentali.

Quella fu la prima fase che squarciò il velo di segretezza, che oscurava l'esercizio del potere pubblico, sia a livello costituzionale, sia a livello amministrativo. Certo, quel velo oppose ancora per molto tempo una forte resistenza, ma con le Costituzioni europee contemporanee, seguite alle tragedie di ben due guerre mondiali, era destinato a cadere inesorabilmente.

Anche sotto questo profilo, infatti, le Corti e i Tribunali Costituzionali del Secondo Dopoguerra si caratterizzano tutti per una netta cesura con il passato, affermando, senza esitazioni, i principi di pubblicità e trasparenza della politica e dell'Amministrazione, precondizioni per quest'ultima di buon andamento e imparzialità (art. 97 della Costituzione italiana).

La trasparenza implica necessariamente il diritto di tutti cittadini all'accesso agli atti amministrativi, diritto soggettivo nei confronti della Pubblica Amministrazione, intesa in tutte le sue attività, articolazioni e manifestazioni, anche private, cui sia affidato l'esercizio di attività amministrative.

Senza il diritto di accesso agli atti nella sua massima estensione, compatibile con il diritto, pure inviolabile, alla riservatezza (ma, come tutti i diritti inviolabili, soggetto a rigorosi limiti nel bilanciamento con contrapposte ragioni, pure degne di tutela) viene meno l'esigenza partecipativa che caratterizza la democrazia contemporanea e la sua evoluzione, in corso, verso modelli sempre più diffusi di partecipazione, come dimostrano ampiamente sia l'esperienza americana sia l'esperienza francese.

Si definisce democrazia partecipativa, tipica dei procedimenti valutativi in materia ambientale, il coinvolgimento diretto della collettività nell'assunzione delle decisioni che la riguardano, incidendo sulle sue condizioni di vita e sul conseguente assetto sociale. L'accesso agli atti è, pertanto, strumento indispensabile per una partecipazione consapevole ai processi decisionali pubblici, affinché la soluzione dei problemi sia, quanto più possibile, condivisa e, quindi, efficace.

Solo con il riconoscimento di un incondizionato diritto di accesso civico e ambientale, nonché di controllo politico per i soggetti legittimati allo stesso, la trasparenza assume un significato concreto.

L'accesso dei singoli, seppure nel nostro ordinamento condizionato all'esistenza di un interesse giuridicamente rilevante, assume anche un significato diffuso e pervasivo dell'intera attività amministrativa, che, per sua natura, cura interessi pubblici, spesso coinvolgenti interessi privati e non di rado in posizione di conflitto.

Di qui lo spartiacque realizzato in Italia dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241, che, dopo oltre trent'anni, ha dato attuazione allo spirito profondo della Costituzione (art. 97), preceduto, da oltre un decennio, dall'esperienza francese del 1978 e tedesca del 1976 e, ancor prima, da quella embrionale inglese del 1947.

Nel dettare la disciplina generale del procedimento amministrativo, indicando le garanzie inderogabili di comunicazione e di partecipazione per i soggetti coinvolti, la Legge n. 241/1990, significativamente rubricata "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*", dedica un apposito Capo (il V) all'accesso agli atti dei singoli, delineando un quadro completo di necessaria strumentalità per quelle garanzie.

L'attività amministrativa diventa conoscibile, mentre in precedenza la sua regola era la segretezza, tutelata penalmente dal Codice Rocco del 1930, tuttora in vigore, con la previsione del reato di rivelazione del segreto d'ufficio di cui all'art. 326 c.p.

Della segretezza che avvolgeva la sua attività l'Amministrazione si avvaleva anche nel giudizio, instaurato avverso i propri atti, tanto che dapprima il Regolamento di procedura dinanzi alle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato 25 settembre 1907, n. 227, stabiliva, all'art. 19, che "*la mancanza del deposito del provvedimento impugnato non*

importa decadenza se dipenda dall'impossibilità di produrlo a causa del rifiuto dell'amministrazione alla domanda di rilascio della copia di esso".

Non solo.

L'art. 26 del medesimo Regolamento di procedura attribuiva alle Sezioni giurisdizionali il potere di "*richiedere all'amministrazione e ordinare alle parti di produrre quegli atti e documenti che credono necessari per la decisione della controversia"*.

Pertanto, nella sede giurisdizionale, era effettuata una autentica *discovery* di tutto ciò che era necessario alla decisione della causa e che era rimasto segreto, poiché l'Amministrazione non era tenuta, stragiudizialmente, a consegnare i documenti.

Solo con la Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, si disponeva, all'art. 21, che l'Amministrazione, "*entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di deposito del ricorso, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati, e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio*".

Il velo di segretezza, nello spirito della Costituzione, iniziava ad aprirsi, seppure sempre e solo in sede giurisdizionale, nella quale era, tuttavia, previsto un obbligo officioso di produzione di tutti i documenti inerenti e connessi con l'atto impugnato.

L'odierno Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, all'art. 46, comma 2, riprende tale e quale la predetta disposizione della Legge istitutiva dei T.A.R. e, tuttavia, la sua portata deve integrarsi con il diritto di accesso agli atti, riconosciuto, *medio tempore*, dalla Legge n. 241/1990, che ha costituito la prima vera apertura dell'Amministrazione e il primo autentico pilastro del castello di vetro in cui la stessa deve stare.

Democrazia, trasparenza e accesso agli atti sono legati da un nesso inscindibile e si condizionano reciprocamente.

Lo studio dell'accesso, in tutte le sue forme (dei singoli, difensivo, di controllo politico, civico, ambientale), è pertanto utile non solo alla consapevolezza delle garanzie dei diritti inviolabili, ma è addirittura essenziale per apprezzare lo stato di salute delle democrazie che, con quei diritti, costituisce l'elemento distintivo e qualificante della Civiltà occidentale.

La Legge n. 241/1990 non solo detta i principi generali dell'attività amministrativa (Capo I), ma si propone anche di disciplinare la responsabilità del procedimento (Capo II), le garanzie partecipative allo stesso (Capo III), la soddisfazione delle esigenze di semplificazione, concentrazione e speditezza (Capo IV), in sintesi, la modernizzazione dell'attività amministrativa, per renderla finalmente improntata ai criteri di cui all'art. 97 Cost., anche con uno sguardo innovativo al diritto comune[3], a seguito dell'introduzione dell'art. 1, comma 1-*bis*, dalla Legge 11 febbraio 2005, n. 15[4], per cui "*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*", prefigurando un nuovo *modus procedendi* fondato sul consenso e sulla condivisione degli obiettivi con i soggetti privati coinvolti dall'azione amministrativa, superando un modello autoritativo finora generalmente applicato, ma con frutti insoddisfacenti.

A questo nuovo *modus operandi* il diritto di accesso agli atti (e quindi la chiarezza e la buona fede), riconosciuto ai privati, è direttamente strumentale. Non a caso il comma 2-*bis*, introdotto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120[5], recita testualmente, con una autentica norma manifesto, che "*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*", principio generale dell'attività amministrativa, che connota, con il connesso principio democratico, la nostra civiltà giuridica, come confermano le esperienze degli Stati Uniti e dei Paesi europei, che saranno esaminate

(3) G. P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, II, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2021. Cfr., altresì, la presentazione del libro di G.P. Cirillo, raccolta in D. Granara (a cura di), *Le ragioni e la prospettiva del diritto comune. Atti del Convegno per la presentazione del libro di Giampiero Paolo Cirillo "Sistema istituzionale di diritto comune"*, Università degli Studi di Genova, 16 dicembre 2019, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2019, con i contributi di L. Rovelli, L. Acquarone, P. Alberti, G. Alpa, S. M. Carbone, A. Fusaro, G. Pericu, M. A. Quaglia, V. Roppo e G. Visintini.

Cfr. l'interessante studio di W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, in F.G. Scoca (studi diretti da) *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, X-266; M. Sollini, *Il sistema della sicurezza alimentare, Profili di diritto amministrativo*, in F.G. Scoca (studi diretti da) *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2023.

(4) G.U. 21 febbraio 2005, n.42.

(5) G.U. 14 settembre 2020, n. 228.

compiutamente, sia in chiave comparatistica sia con un'analisi specifica delle peculiarità delle rispettive discipline, delle quali si identificherà la matrice comune.

L'Amministrazione deve essere un castello di vetro e sulla sua tenuta si misura la stabilità dei sistemi democratici[6].

(6) Sull'origine del diritto amministrativo e il principio di legalità, cfr, F. Merusi, *La legalità somministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

CAPITOLO I

L'ACCESSO DEI SINGOLI

1.1. Il labile interesse all'ostensione

Nel profluvio di pronunce della giurisprudenza amministrativa, concernenti l'accesso ai documenti amministrativi[1] (disciplinato dagli artt.

(1) Sul concetto ampio di "*documento amministrativo*" delineato negli artt. 22, comma 1, lettera d), Legge n. 241/1990 e 1, comma 1, lettera a), d.P.R. n. 445/2000, cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19; Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 21; Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 20, tutte reperibili su *www.giustiziaamministrativa.it*. Sul quadro normativo, L'art. 22, comma 1, lettera d), Legge n. 241/1990 (che introduce il capo V della legge, rubricato "*Accesso ai documenti amministrativi*"), come sostituito dall'art. 15, comma 1, Legge 11 febbraio 2005, n. 15, testualmente recita: "*Ai fini del presente capo si intende*: […] d) *per documento amministrativo, ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*".

L'art. 1, lettera a), d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*), come sostituito dall'art. 1 d.P.R. 7 aprile 2003, n. 137 – nel quadro della disciplina generale della formazione, rilascio, tenuta e conservazione, gestione trasmissione di atti e documenti da parte di organi della pubblica amministrazione (art. 2) – dichiara: "*Ai fini del presente testo unico si intende per: a) documento amministrativo ogni rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa. […]*".

L'art. 2, comma 2, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 (*Regolamento recante la disciplina di accesso ai documenti amministrativi*), stabilisce che l'accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti, alla stessa data, da una pubblica amministrazione.

22 ss. della Legge 7 agosto 1990, n. 241), il Consiglio di Stato, in un recente arresto, del 5 febbraio 2024, n. 1139, sottolinea lo straordinario interesse che ha sempre contraddistinto la materia e pone l'attenzione sulla genericità dell'istanza, "*sia sotto il profilo dei documenti richiesti, sia sotto quello del labile interesse all'ostensione*", entrambi legittimanti l'opposizione del diniego di accesso agli atti da parte della Pubblica Amministrazione.

È pacifico l'obiettivo[2] che si proponeva di perseguire la Legge generale sul procedimento amministrativo del 1990 o che comunque i suoi fautori tendevano a realizzare: "una generalizzata conoscibilità

Sotto il profilo oggettivo, la nozione normativa di "*documento amministrativo*" suscettibile di formare oggetto di istanza di accesso documentale è ampia nel senso sopra indicato. "*Il conseguente corollario è che, a norma dell'art. 22, comma 3, l. n. 241/1990, secondo cui «[t]utti i documenti amministrativi sono accessibili […]", la qualificazione dei documenti in questione come "documenti amministrativi" comporta la loro piena accessibilità, proprio in ragione di tale loro qualità oggettiva, salve le eccezioni di cui all'art. 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6, nonché – con specifico riferimento all'accesso necessario per curare e difendere i propri interessi giuridici – nel rispetto dei limiti e delle condizioni previste al comma 7 del citato art. 24*" (Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 12 ottobre; *Diritto & Giustizia*, 2020, 3 novembre; *Guida al diritto*, 2020, 43, 32).

(2) Che ha subito notevoli mutamenti durante l'*iter* di formazione della Legge, a fronte di chi tendeva a privilegiare soluzioni più moderate, ai fini dell'ottenimento del diritto di accesso, riconosciuto pertanto non a chiunque, bensì esclusivamente a chi avesse interesse ad acquisire la conoscenza dei documenti per la "*tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*", mediante "*domanda motivata*" di accesso *ex* art. 23, Legge n. 241/1990 ed art. 5, d.P.R. 184/2006.

Per un accurato *excursus* storico, cfr. Cons. St., Ad. Plen., sent. 18 aprile 2006, n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che affronta l'ingente dibattito giurisprudenziale che ha avuto luogo, sin dall'entrata in vigore della Legge 241/1990, circa la natura giuridica del diritto di accesso. Invero, "*questa Adunanza plenaria, con decisione 24 giugno 1999 n. 16, ha condiviso la tesi della configurabilità della posizione legittimante all'accesso in termini di interesse legittimo, sottolineando il collegamento della posizione del privato con l'interesse pubblico e facendo leva sulla struttura impugnatoria del giudizio. La questione nondimeno è rimasta aperta anche dopo l'intervento dell'Adunanza plenaria, rinvenendosi nella giurisprudenza di questo Consiglio – insieme a pronunce in linea con la decisione suddetta - (V, 7 aprile 2004 n. 1969; V, 8 settembre 2003 n. 5034) decisioni che propendono ancora per la configurabilità dell'accesso in termini di diritto soggettivo (VI, 12 aprile 2005 n. 1679 e 27 maggio 2003 n. 2938). La tesi del diritto soggettivo fa leva essenzialmente sul carattere vincolato dei poteri rimessi all'amministrazione in sede di esame dell'istanza di accesso, poteri aventi ad oggetto la mera ricognizione della sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi all'accesso. E si è, altresì, evidenziata la peculiarità dei poteri istruttori e decisori del giudice, i primi volti a valutare la sussistenza dei requisiti sostanziali che legittimano all'accesso (V, 11 maggio 2004 n. 2866), al di là delle ragioni addotte dall'amministrazione nell'atto, i secondi estesi all'imposizione all'amministrazione di un comportamento positivo consistente nell'adempimento dell'ordine giudiziale di esibizione dei documenti (art. 25, comma 6, della*