

GIUSTIZIA CIVILE  
RIVISTA MENSILE DI GIURISPRUDENZA

Anno XLII - N. 7-8

1992

*(Estratto)*

RODOLFO MURRA

LA « CLESSIDRA » DEL DIRITTO DI ACCESSO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

CONSIGLIO DI STATO — Sez. IV — 6 maggio 1992 n. 499 — Pres. Paleologo — Est. Guida — Ministero Difesa (avv. Stato Del Gaizo) c. Battaglia (n.c.).

[272/308] **Atto amministrativo - Procedimento amministrativo - Diritto di accesso ai documenti - Legge n. 241 del 1990 - Mancanza dei decreti governativi - Applicabilità immediata - Esclusione.**  
(L. 7 agosto 1990 n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, art. 31).

*Ai sensi dell'art. 31 l. 7 agosto 1990 n. 241, le norme sul diritto di accesso ai documenti amministrativi hanno effetto dalla data di entrata in vigore dei decreti che il Governo è autorizzato ad emanare per la disciplina del diritto di accesso e degli altri casi di esclusione del diritto medesimo (1).*

(Omissis). — L'appello è fondato.

La l. 7 agosto 1990 n. 241 ha riconosciuto, con le disposizioni di cui al suo titolo V, il diritto di accesso alla documentazione amministrativa per la tutela di situazioni giuridicamente protette. L'art. 24 di detta legge, dopo aver fatto salve le disposizioni vigenti in materia di segreto di Stato e di segreto o divieto di divulgazione nonché in materia di sicurezza e ordine pubblico (commi 1 e 5), demanda al Governo di emanare, entro sei mesi, uno o più decreti intesi a disciplinare le modalità di esercizio del diritto di accesso e gli altri casi di esclusione di tale diritto e alle singole amministrazioni di individuare, nei successivi sei mesi, con uno o più regolamenti le categorie di documenti sottratti all'accesso. Tale normazione secondaria non è stata ancora emanata.

Con l'ordinanza impugnata, avente natura e valore di sentenza, il tribunale ha accolto il ricorso proposto dal Battaglia ai sensi dell'art. 25 legge citata, affermando che l'inerzia del Governo non poteva paralizzare il diritto di accesso riconosciuto dall'art. 22 stessa legge.

Tale conclusione non va condivisa.

L'art. 31 l. cit., invero, dispone espressamente che le norme sul diritto di accesso di cui al capo V della legge medesima hanno effetto dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui all'art. 24. La norma, dunque, subordina la stessa esistenza e l'esercizio del diritto di accesso all'entrata in vigore dei cennati decreti e non alla scadenza del termine semestrale previsto; termine che, peraltro, non è qualificato né può ritenersi perentorio, siccome inerente all'esercizio di indefettibili poteri regolamentari.

Di fronte al chiaro disposto normativo non può accedersi alla pure apprezzabile linea « interpretativa » adottata dal tribunale.

Per le su esposte ragioni l'appello va accolto, e va annullata la decisione impugnata.  
(Omissis)

(1) [272/308] **La « clessidra » del diritto di accesso.**

Con la decisione ora pubblicata il Consiglio di Stato prende posizione su una questione concernente uno dei profili più interessanti e delicati che contraddistinguono la l. 7 agosto 1990 n. 241, e cioè quello attinente all'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi disciplinato dall'intero capo V del provvedimento ora citato.

Uno dei problemi interpretativi che la nuova normativa ha suscitato riguarda proprio la (discussa) immediata efficacia delle disposizioni di cui agli art. 25-28 della legge mentovata, tenuto conto dell'inequivocabile tenore letterale del successivo art. 31 secondo il quale le norme suddette hanno effetto dalla data di entrata in vigore dei decreti governativi (previsti dall'art. 24), volti a disciplinare sia le modalità di esercizio del diritto in parola e sia l'ambito di delimitazione dello stesso, con riferimento ai casi di esclusione contemplati direttamente dalla legge.

La giurisprudenza ha risolto le controversie finora presentatesi adottando, in proposito, decisioni non del tutto univoche (1), mentre ora il Consiglio di Stato sembra aver posto la parola fine alla

(1) Per un'approfondita analisi dell'orientamento seguito dai giudici di merito, v. PARISIO, *Prime riflessioni in tema di tutela giurisdizionale del diritto di accesso*, in questa Rivista 1992, II, 95; VILLATA, *Primi orientamenti giurisprudenziali sull'art. 25 della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. proc. amm.* 1991, 370; ID., *Ulteriori orientamenti giurisprudenziali sull'art. 25 della legge n. 241 del 1990*, *ivi* 1991, 791.

disputa, sancendo l'inammissibilità del rimedio giurisdizionale, previsto appunto dall'art. 25 della legge n. 241, in assenza dei decreti governativi di attuazione.

Il problema in argomento non è di poco spessore, com'è stato già ampiamente rilevato in dottrina (2), atteso che l'adozione generalizzata di una soluzione analoga a quella oggi fatta propria dal Supremo consesso amministrativo rischierebbe « di trasformare una legge seria in una grida di manzoniana memoria » (3).

L'odierna decisione segue una precedente pronuncia dello stesso Consiglio di Stato (4) e si colloca in quel solco interpretativo tracciato dai giudici di merito che, col passare del tempo, si è reso via via sempre più netto (5). L'orientamento ora accennato fonda il proprio convincimento sul tenore letterale dell'art. 31 cit., il quale indubbiamente differisce la concreta operatività della normativa sul diritto di accesso all'indomani della definizione delle modalità di esercizio del diritto medesimo e della dettagliata individuazione delle ipotesi di esclusione. La decisione in rassegna, infatti, si limita ad affermare, in modo lapidario, che l'art. 31 della legge n. 241 « subordina la stessa esistenza del diritto di accesso all'entrata in vigore dei cennati decreti »: di conseguenza, « di fronte al chiaro disposto normativo non può accedersi alla pure apprezzabile linea interpretativa fatta propria dal giudice di prima istanza ».

Sembra superfluo sottolineare che una siffatta interpretazione della norma poc'anzi citata, ancorata al dato letterale della stessa, costituisca di fatto un elemento oltremodo paralizzante per la posizione giuridica vantata dal soggetto richiedente l'accesso, « soprattutto nei casi in cui già siano presenti norme che qualificano e disciplinano il contenuto sostanziale del diritto » stesso (6): là dove, cioè, non vi sia necessità alcuna di attendere l'adozione dei decreti di cui all'art. 24.

Invero, pur a prescindere da talune incisive e finanche drastiche prese di posizione di parte della dottrina, secondo la quale deve escludersi che il diritto di accesso possa essere sacrificato per il solo fatto che la p.a. sia rimasta inerte e non abbia emanato l'apposita disciplina regolamentare (7), non è chi non veda come l'indirizzo più liberale seguito nella *subiecta materia* da parte di taluni tribunali risponda di più, e meglio, allo stesso spirito della legge n. 241 ed alle esigenze che essa tende a soddisfare. Infatti, nello sforzo di eludere l'*impasse* determinato dall'inerzia del governo, sono stati enucleati due ordini di motivi in forza dei quali si è ritenuto che la tutela giurisdizionale del diritto di accesso sia comunque accordabile: da un lato si è osservato che la previsione di cui all'art. 31 (concernente, ripetesi, il differimento dell'efficacia delle norme sostanziali sul diritto di accesso) non opererebbe affatto con riguardo al comma 5 dell'art. 25, integrante disposizioni di carattere squisitamente processuale (8).

Dall'altro lato si è acutamente sottolineato che l'ostacolo frapposto dalla norma citata non spiegherebbe alcun effetto con riferimento alle previsioni di cui al precedente art. 10, nel quale si sancisce che il soggetto privato coinvolto direttamente in un procedimento amministrativo ha il diritto sia di prendere visione degli atti del procedimento stesso sia di presentare memorie e documenti che la p.a. ha l'obbligo di valutare (9). I fautori di quest'ultimo, senz'altro avvincente, orien-

(2) Cfr. VILLATA, *Primi orientamenti*, cit., 373.

(3) DI IORIO, *Diritto di accesso ed actio ad exhibendum*, in *Nuova rass.* 1992, 150.

(4) Cons. St., sez. VI, 27 marzo 1992 n. 193, *Cons. St.* 1992, I, 495, a sua volta preceduta da una assai succinta ordinanza, della sez. IV, del 14 giugno 1991 n. 615, *Foro it.* 1991, III, 521.

(5) Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 21 marzo 1991, *T.A.R.* 1991, I, 1237; T.A.R. Marche, ord. 21 marzo 1991 n. 163, *ined.*; T.A.R. Friuli 13 giugno 1991 n. 256, *T.A.R.* 1991, I, 2967; T.A.R. Basilicata 7 giugno 1991 n. 81, *ivi* 1991, I, 3234; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, ord. 28 ottobre 1991 n. 992, *ined.*; *id.* 18 dicembre 1991 n. 1008, *T.A.R.* 1992, I, 547, T.A.R. Veneto, sez. II, 23 dicembre 1991 n. 1459, *ivi* 1992, I, 664; T.A.R. Lazio, sez. I, 15 gennaio 1992 n. 27, *ivi* 1992, I, 433.

(6) PARISIO, *op. cit.*, 113.

(7) G. VIRGA, *Trasparenza della p.a. e tutela giurisdizionale del diritto di accesso agli atti amministrativi*, in *Nuova rass.* 1989, 2124.

(8) T.A.R. Lombardia, Brescia, 26 marzo 1991 n. 268, *Foro it.* 1991, III, 323, con nota di ROMANO, sentenza giustamente definita « pioniera » dalla PARISIO, *op. cit.*, 108; nello stesso senso della pronuncia citata v. anche DI IORIO, *op. cit.*, 150; ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in AA.VV., *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna 1991, 61.

(9) T.A.R. Lombardia, Brescia, 25 novembre 1991 n. 905, *T.A.R.* 1992, I, 189; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 12 novembre 1991 n. 1287, *ivi* 1992, I, 149; T.A.R. Toscana 13 dicembre 1991 n. 667, *ivi* 1992, I, 705; cfr. infine, il ragionato *revirement* del T.A.R. Lazio, sez. I, 24 gennaio 1992 n. 69 e 72, *ivi*, I, 449 e 451. Alle decisioni ora rammentate deve poi aggiungersi l'ordinanza del T.A.R. Piemonte, sez. I, 15 giugno 1992 n. 11, *ined.*, annullata dalla sentenza qui annotata.

tamento — supportato anche da buona parte della dottrina citata — rilevano infatti che il rimedio processuale di cui all'art. 25 è utilizzabile anche a tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconducibili alla previsione dell'art. 10 che, per l'appunto, è norma collocata all'interno del capo III della legge n. 241 (10): capo, cioè, destinato a contenere disposizioni dettate al solo scopo di consentire la partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo.

Ciò posto, non vi sarebbe alcuna valida ragione per subordinare l'esercizio del diritto di accesso, quale espressione della funzione partecipativa, all'adozione dei regolamenti governativi citati, atteso che tale diritto risulta già compiutamente disciplinato dal menzionato art. 10 (e da altre normative di settore) (11) e che, peraltro, la previsione contenuta nell'art. 31 è espressamente limitata al solo capo quinto della legge.

Completano il panorama giurisprudenziale delineatosi nella materia in discorso alcune decisioni — favorevoli all'accesso immediato — che si connotano per essere animate (e forse giustamente, in omaggio ad un principio di equità) da una volontà sanzionatoria e punitiva nei confronti della p.a., colpevole di aver lasciato abbondantemente trascorrere il termine (rigorosamente ordinatorio!) concesso dall'art. 24 per l'emanazione dei menzionati decreti. Secondo quest'ultimo indirizzo, infatti, il ricorso alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 25 della legge n. 241 è ammissibile se l'atto introdotto del relativo procedimento sia stato notificato dopo la scadenza (che era fissata per il 2 marzo 1991) del termine semestrale legislativamente stabilito per l'emanazione da parte del governo dei decreti *de quibus* (12).

Dunque, alla luce di quanto sin qui osservato, può dirsi che il Consiglio di Stato si è dimostrato poco sensibile alla problematica che si agita in dottrina ed in giurisprudenza intorno all'argomento in questione, limitandosi ad accogliere acriticamente — con una motivazione che forse appare un po' troppo concisa — la tesi dell'interpretazione letterale dell'art. 31, senza neppure richiamare la precedente, e certamente più articolata, dec. n. 193 citata (nella quale si era pur adombrata l'ipotesi che l'accesso potesse costituire un diritto soggettivo pubblico, tutelato direttamente, ma tuttavia sempre sottomesso alla prescrizione dell'art. 31) (13). La soluzione adottata lascia perplessi perché il giudice amministrativo si trovava in presenza di una fattispecie concreta di diritto di accesso fondato sulle norme dettate per garantire la partecipazione del privato al procedimento amministrativo (trattandosi, nel caso sottoposto all'esame del collegio, di un procedimento disciplinare a carico di un pubblico dipendente).

Negata, quindi, l'esistenza di un doppio regime del diritto di accesso (da un lato quello regolamentato dal capo V e dall'altro quello disciplinato dal capo III, il quale ultimo sembrava potesse sottrarsi agli effetti della « clessidra » introdotta dall'art. 31 stessa legge), si realizza l'infausta e tanto deprecata previsione secondo la quale una delle novità più salienti della recente normativa rischia di vivere solo sulla carta: in tale situazione, infatti, « l'effettiva operatività del diritto di accesso dipende esclusivamente dalla solerzia con cui il governo da una parte, e le singole amministrazioni dall'altra, emancrano i regolamenti » (14). Ed a questo punto non può non condividersi l'opinione di chi afferma che quello oggi raggiunto è un risultato che certamente il legislatore del 1990 non voleva e non avrebbe voluto, perché idoneo a paralizzare « uno degli obiettivi più innovativi dell'intera legge in esame » (15).

Risulta così frustrato — ancora una volta — il principio in forza del quale le conseguenze dei ritardi e delle inadempienze della p.a. dovrebbero far carico solo su di essa e non già sui consociati: e ciò appare quanto meno in stridente contrasto proprio con i precetti fondamentali sanciti dalle leggi del 1990 n. 142 e 241.

(10) Sulla generalità del rimedio, e per una critica alla collocazione sistematica dell'art. 25 cfr. CANNADA BARTOLI, *Brevi note sull'accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro amm.* 1991, 2657.

(11) Sul tema cfr., per tutti, PARISIO, *op. cit.*, 105 ss.; IANNELLA, *Diritto di accesso e di informazione*, in *Nuova rass.* 1992, 270.

(12) In termini, T.A.R. Catania, sez. I, 3 ottobre 1991 n. 666, *Foro it.* 1992, I, 21. Addirittura, secondo il T.A.R. Toscana, sez. I, 19 settembre 1991 n. 422, *T.A.R.* 1991, I, 3934, il momento di formazione dell'illegittimità del contegno tenuto dall'amministrazione deve esser valutato non già con riferimento alla proposizione del ricorso giurisdizionale, bensì alla data dell'udienza di discussione.

(13) Sulla natura della posizione soggettiva rivestita dal privato, peraltro, v. PALEOLOGO, *La legge n. 241 del 1990: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1991, 13, ed in *Rass. avv. Stato* 1990, II, 124.

(14) MARI, *La disciplina regolamentare del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *AA.VV.*, *L'accesso ai documenti amministrativi*, cit., 237.

(15) ARENA, *op. cit.*, 62.

In questa (desolante) situazione non resta da augurarsi che il Consiglio di Stato riesamini il proprio indirizzo, magari sottoponendo una futura analoga questione al vaglio dell'adunanza plenaria: la quale, c'è da giurarla, utilizzerebbe a tal proposito tempi di gran lunga minori di quelli — esasperanti — concessi sino ad ora al governo (il quale, solo di recente, con d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300, si è deciso, con oltre un anno di ritardo, ad emanare il regolamento concernente le attività private sottoposte alla disciplina degli art. 19-20 della legge n. 241) (16).

RODOLFO MURRA  
*(Istituto di diritto processuale  
dell'Università « La Sapienza » di Roma)*