



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.
Reg.Dec.
N. 1782 Reg.Ric.
ANNO 1999

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso proposto dall'Azienda Napoletana Mobilità – A.N.M., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Andrea Abbamonte, domiciliato in Roma, Via degli Avignonesi n. 5;

contro

l'avv. Francesco Tilena, non costituito;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania Napoli, sez. V n.1 del 5 gennaio 1999;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita alla pubblica udienza del 15.aprile.2003 la relazione del Consigliere Sergio Santoro e udito, altresì, l'avv. Andrea Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

L'avv. Francesco Tilena, ex dipendente dell'Azienda Napoletana Mobilità – A.N.M., il 3 aprile 1997 presentava all'Azienda domanda di accesso a vari documenti relativi ai conteggi dei compensi da lui percepiti a titolo di diritti ed onorari tra i togati dell'Avvocatura dell'Azienda stessa.

L'istanza veniva respinta con nota 22 maggio 1997 n. 7784.

Il 31 maggio 1997 l'interessato presentava ricorso gerarchico al Comune di Napoli, che dichiarata la propria incompetenza lo trasmetteva all'A.N.M. Il ricorso restava senza esito.

L'interessato il 18 dicembre 1997 presentava un'ulteriore domanda d'accesso, rimasta senza esito; il 28 marzo 1998 notificava atto di diffida stragiudiziale, anch'esso rimasto senza esito; e il 5 maggio 1998 proponeva ricorso al TAR avverso il silenzio rifiuto, chiedendo il riconoscimento del suo diritto all'accesso. Resisteva l'Azienda, rilevando che il ricorso era stato proposto dopo la scadenza del termine perentorio di trenta giorni dalla conoscenza del diniego di cui alla nota del 22 maggio 1997 previsto dall'art. 25, comma 5, della legge 9 agosto 1990 n. 241 e che il diritto d'accesso non era utilmente reiterabile, dopo la scadenza di tale termine, attesa la sua natura sostanziale di interesse legittimo. Rilevava altresì che la domanda d'accesso si riferiva a documentazione attinente all'attività di natura privatistica dell'Azienda, e quindi da ritenere sottratta *ex se* all'accesso, e comunque concerneva anche la richiesta di adempimenti che andavano al di là della semplice ostensione di o fornitura di copia di documenti amministrativi e quindi erano da ritenere inammissibili.

Il TAR, con la sentenza in epigrafe, accoglieva il ricorso affermando:

- 1) che la documentazione chiesta dal ricorrente atteneva all'attività di natura pubblicistica dell'Azienda, e quindi non poteva ritenersi sottratta all'accesso;
- 2) che il diritto all'accesso è da considerare un vero e proprio diritto, per cui è possibile che venga esercitato di nuovo oltre il termine di decadenza di

trenta giorni fissato dal citato art. 25, comma 5, ai fini dell'impugnazione in sede giurisdizionale del rifiuto espresso o tacito.

La sentenza è stata impugnata dall'A.N.M. che ha ribadito le considerazioni già formulate in primo grado, sottolineando in particolare:

- 1) che l'accesso era stato richiesto nei confronti di atti relativi ad un rapporto di lavoro di carattere strettamente privatistico, atti che, essendo estranei alla cura concreta di interessi pubblici della collettività e non costituendo pertanto "documenti amministrativi" ai sensi dell'art. 22 della legge citata, non potevano ritenersi possibile oggetto di accesso;
- 2) che l'inutile scadenza del termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso giurisdizionale, per la sua evidente natura perentoria, precluderebbe la riproposizione della domanda d'accesso.

L'interessato si è costituito in giudizio, contestando puntualmente le censure dell'appellante.

Con ulteriore memoria l'A.N.M. ha precisato che nessun rilievo potrebbe darsi al silenzio formatosi sul ricorso gerarchico proposto dall'avv. Tilena, dal momento che in materia di accesso non sarebbe utilmente esperibile il ricorso gerarchico, che quindi nella fattispecie sarebbe da ritenere un *inutiliter datum*, con la conseguenza che avverso il diniego di decisione del ricorso stesso non sarebbe ammissibile proporre il ricorso giurisdizionale al fine di ottenere la declaratoria del diritto d'accesso.

Nell'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con i vari motivi d'appello, come precisati con la memoria depositata in udienza, l'appellante A.N.M. deduce:

- 1) che i documenti amministrativi relativi al trattamento economico di dipendenti di aziende municipalizzate, attenendo ad un rapporto di lavoro di carattere privatistico, non costituirebbero possibile oggetto di diritto d'accesso;
- 2) che in ogni caso l'appellato avrebbe chiesto non solo documenti amministrativi ma anche specifici accertamenti, come tali inammissibili;
- 3) che il "diritto d'accesso" non avrebbe in realtà natura di vero e proprio diritto soggettivo bensì di interesse legittimo;
- 4) che il diritto d'accesso non potrebbe esercitarsi nuovamente dopo l'inutile scadenza del termine di trenta giorni, stabilito dall'art. 25, comma 5, della legge 7 agosto 1990 n. 241, per impugnare in sede giurisdizionale il diniego o il silenzio dell'amministrazione;
- 5) che in materia d'accesso non sarebbe ammissibile il ricorso gerarchico; e che comunque il ricorrente in primo grado non avrebbe potuto ottenere la declaratoria del diritto all'accesso in base al diniego di competenza comunicatogli dal Comune di Napoli, attesa l'inesistenza di un rapporto gerarchico tra il Comune stesso e l'A.N.M.;
- 6) che in ogni caso il ricorso introduttivo sarebbe stato irricevibile.

2.- Il primo motivo è infondato.

Va premesso che l'appellante ha natura di azienda municipalizzata che gestisce pubblici servizi di trasporto; e come tale è senz'altro soggetta alla normativa sull'accesso ai sensi dell'attuale testo dell'art. 23 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Va altresì premesso che si è ormai consolidato l'indirizzo formulato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con ordinanza 30 marzo 2000 n.

1, secondo cui i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità “costituiscono valori essenziali di riferimento di ogni comportamento della pubblica amministrazione”, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica del quadro formale in cui il comportamento deve essere svolto, e quindi “riguardano allo stesso modo l’attività volta all’emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato”; sicché va sempre finalizzata al perseguimento dell’interesse collettivo “ogni attività dell’amministrazione senza alcuna eccezione”.

La stessa Adunanza Plenaria, con decisioni nn. 4 e 5 del 22 aprile 1999, aveva del resto già affermato il principio che “l’istituto dell’accesso trovi applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione” e che, con particolare riferimento ai gestori di pubblici servizi, il rispetto della normativa sulla trasparenza e sul buon andamento del rapporto di lavoro con il personale coinvolga interessi di natura pubblicistica e contribuisca ad instaurare corretti rapporti, tra il gestore ed i propri dipendenti, con conseguente maggiore qualità, funzionalità ed efficienza del servizio. Da tale indirizzo, ribadito da questa Sezione con decisioni 5 marzo 2002 n. 1303 e 15 maggio 2002 n. 2618, il Collegio non ha alcun motivo di discostarsi.

3.- Il secondo motivo è fondato, nei limiti che seguono.

L’appellato aveva chiesto, nella domanda d’accesso: a) i cedolini paga dal 1980 al 1994; b) i conteggi dei diritti ed onorari dei singoli avvocati dal 1980 al 1994; c) il criterio di suddivisione dei diritti ed onorari tra i togati dell’Avvocatura; d) i motivi dell’omessa corresponsione dei diritti ed

onorari dal 1992 in poi; e) i motivi della mancata trasmissione all'INPS dei conteggi relativi ai diritti ed onorari relativi al 1992-1994.

Ma in sede di accesso l'interessato ha soltanto diritto di visionare e di ottenere copia di documenti amministrativi detenuti dall'amministrazione; non ha anche diritto di ottenere elaborazioni o integrazioni di detti documenti o comunque chiarimenti sull'operato dell'amministrazione stessa. Di conseguenza l'interessato aveva diritto ai documenti sub a), b) e c), per i quali l'amministrazione non poteva non avere un adeguato supporto documentale; ma non aveva certo diritto alle giustificazioni sub d) ed e).

La sentenza impugnata va quindi sul punto riformata.

4.- Per quanto poi riguarda la questione, lungamente dibattuta tra le parti, relativa alla natura del diritto d'accesso, questione oggetto del terzo motivo d'appello, si osserva quanto segue.

Sulla natura giuridica del diritto d'accesso si sono sinora formati due diversi orientamenti giurisprudenziali. Il primo orientamento (Adunanza plenaria 24 giugno 1999 n. 16; Sez. V, 2 dicembre 1998 n. 1725) ritiene che il diritto d'accesso abbia in realtà natura sostanziale di interesse legittimo; il secondo orientamento (Sez. VI, 19 settembre 2000 n. 4880; Sez. IV, 27 agosto 1998 n. 1137 e 11 giugno 1997 n. 643; TAR Marche, 20 novembre 1997 n. 1181), seguito dalla sentenza impugnata, ritiene invece che il diritto d'accesso abbia natura sostanziale di un vero e proprio diritto soggettivo. Al secondo orientamento implicitamente aderisce la giurisprudenza, oggi pacifica (Sez. IV, 2 luglio 2002 n. 3620 e 16 aprile 1998 n. 641), secondo cui la sopravvenuta inoppugnabilità del diniego d'accesso o del silenzio sulla domanda d'accesso non preclude la facoltà di presentare di nuovo la

domanda stessa; e in tal modo riconosce che la posizione soggettiva dell'interessato all'accesso può essere fatta valere senza il limite del termine di decadenza proprio dell'interesse legittimo.

4.1.- L'orientamento giurisprudenziale favorevole al riconoscimento della natura di interesse legittimo è fondato essenzialmente su tre ordini di considerazioni:

- a) che nella Costituzione il termine "diritto" è frequentemente utilizzato in senso generico (ad esempio, diritto al lavoro, art. 4; diritti della famiglia, art. 29; parità di diritti della donna lavoratrice, art. 37; diritto degli inabili al mantenimento e all'assistenza sociale, art. 38; diritto dei lavoratori di partecipare alla gestione delle aziende, art. 46), senso cioè che sarebbe comprensivo di situazioni soggettive non solo di diritto soggettivo ma anche di interesse legittimo o di aspettativa tutelata. Tale genericità di terminologia, non infrequente anche in leggi ordinarie, sarebbe presente anche nella legge 7 agosto 1990 n. 241; sicché l'uso in quest'ultima della locuzione "diritto d'accesso", peraltro priva di ogni riferimento ad un'eventuale attribuzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non starebbe necessariamente a significare che con essa si sia voluto creare una situazione di vero e proprio diritto soggettivo;
- b) che l'attribuzione di diritti soggettivi alla giurisdizione del giudice amministrativo costituirebbe un'eccezione alla regola generale sancita dall'art. 24 della Costituzione, e quindi richiederebbe un'esplicita indicazione legislativa, nella specie mancante;
- c) che il diritto d'accesso è attribuito – ai sensi dell'art. 22, comma 1, della legge n. 241 – “al fine di assicurare la trasparenza dell'azione

amministrativa e di favorirne lo svolgimento”; e pertanto sarebbe regolato “da normativa di settore che ne garantisce il soddisfacimento nell’ambito del contestuale e coesistente soddisfacimento dell’interesse pubblico”, e quindi previa verifica discrezionale della “eventuale preminenza delle ragioni di chi abbia chiesto l’accesso rispetto a quelle riscontrate nel diniego o alle esigenze di riservatezza del terzo cui si riferiscono i documenti”, con conseguente natura sostanziale di interesse legittimo.

Ritiene il Collegio che le profonde modifiche dell’ordinamento determinate dalla legge 21 luglio 2000 n. 205 e dalla riforma del titolo V della Costituzione, entrambe successive alla formazione dell’esposto orientamento giurisprudenziale, richiedano di rimeditare le considerazioni suindicate.

4.1.1.- Quanto alla considerazione sub a) va tenuto presente che la Costituzione traccia il quadro generale di riferimento entro cui deve muoversi il legislatore ordinario; quadro che, appunto perché tendenzialmente relativo alla totalità della vita civile, ha un contenuto normativo non solo immediatamente precettivo, fonte diretta di situazioni giuridiche soggettive attive e passive dei suoi destinatari, ma anche un contenuto precettivo in via mediata, con cui cioè si intende semplicemente vincolare ed indirizzare la futura attività dell’ordinamento, ed in ispecie quella del legislatore ordinario, al perseguimento di determinati valori.

In particolare, con riferimento ai citati articoli 4, 29, 37, 38 e 46, la Costituzione ha inteso riconoscere la dignità dei relativi valori etico-sociali ed economici, utilizzando il termine “diritto” per indicare la situazione dei destinatari della protezione enunciata dagli articoli stessi e da realizzare dal

legislatore ordinario; e ciò perché secondo un'ideologia ormai superata ma all'epoca corrente il termine "diritto" stava ad indicare il massimo livello di protezione che poteva attribuirsi ad un interesse sostanziale. Ma ciò non significa che il termine "diritto" sia stato utilizzato come categoria tecnico-giuridica pur se in senso generico, comprensivo cioè di qualsiasi situazione soggettiva attiva possibile; significa semplicemente che il termine "diritto" è stato utilizzato come categoria non giuridica, e cioè nel senso – essenzialmente di politica del diritto – di volontà di impegnare l'ordinamento a perseguire il massimo livello possibile di realizzazione di quei valori, senza però attribuire in via immediata ai diretti interessati una correlativa specifica situazione giuridica soggettiva azionabile per ottenere in concreto, ed in proprio, il conseguimento del valore costituzionalmente protetto. D'altra parte nella stessa ottica di politica del diritto destinatari di tale impegno sono non solo le istituzioni, ed in particolare il parlamento, ma anche i singoli interessati, sotto il profilo del "*dovere* di svolgere un'attività o una funzione....che concorra al progresso materiale o spirituale della società" (art. 4), del "*dovere* e diritto dei genitori" di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 30), del riconoscimento del diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende "ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione" (art. 46), ecc. In tutti questi casi il "diritto" non ha nulla del diritto come situazione giuridica soggettiva, dal momento che è caratterizzato da una parte dalla doverosità, pur non essendo sottoposto a precisi termini, e dalla conseguente finalizzazione ad un interesse generale e dall'altra – di regola - dalla non immediata azionabilità da parte dei singoli interessati; e quindi non ha nulla

a che vedere con la locuzione – apparentemente identica – di “diritto soggettivo” utilizzata, questa volta in senso tecnico giuridico, dagli articoli 24, comma 1, 103, comma 1, e 113, comma 1. Ad esempio il lavoro, come oggetto di un generico diritto etico-sociale, non ha di per sé un preciso contenuto giuridico esprimibile in termine di diritti soggettivi o di altra situazione soggettiva; acquista tale contenuto a seguito della stipulazione di un contratto di lavoro, o del concretarsi di una situazione equivalente.

Di conseguenza, da disposizioni inserite in un contesto generale e recanti locuzioni palesemente utilizzate in senso non tecnico-giuridico non può trarsi la conclusione che disposizioni, inserite in un contesto specialistico (qual è la legge n. 241/1990), recanti locuzioni analoghe che prevedono invece un potere, non doveroso, di agire esclusivamente nel proprio interesse, secondo termini e procedure predeterminati dalla legge, e con possibilità di ricorrere al giudice per ottenere la realizzazione coattiva dell’interesse stesso, abbiano anch’esse contenuto non tecnico giuridico.

4.1.2.- Che l’attribuzione della cognizione di diritti soggettivi alla giurisdizione del giudice amministrativo costituisca un’eccezione alla regola generale sancita dall’art. 24 della Costituzione non è più condivisibile dopo la massiccia attribuzione al giudice amministrativo di giurisdizione su diritti operata dalla legge 21 luglio 2000 n. 205. Non occorre pertanto che la legge attesti espressamente che la materia rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; e del resto già sotto l’ordinamento precedente alla legge n. 205 la giurisprudenza, pur senza alcuna espressa attestazione legislativa in tal senso, aveva riconosciuto – ad esempio - che il diritto all’esecuzione del giudicato è un vero e proprio diritto soggettivo e rientra

pertanto nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (come finalmente affermato dal noto disegno di legge di cui all'Atto Senato n. 1281, ormai in dirittura d'arrivo). Occorre soltanto che sussistano i presupposti per il riconoscimento di una tale situazione giuridica soggettiva, quale l'essere tutelata in via diretta per il soddisfacimento di un interesse concreto del titolare, non sottoposto ad alcuna valutazione autoritativa o comunque discrezionale dell'amministrazione, ed indipendentemente dal soddisfacimento dell'interesse generale.

Vanno inoltre considerate due circostanze.

In primo luogo, il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali 18 agosto 2000 n. 267, all'art. 19, assicura ai cittadini il diritto di accedere "*a tutti gli atti*" e "*in generale, alle informazioni*" di cui è in possesso l'amministrazione locale; e al successivo art. 43 stabilisce che i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere "*tutte le notizie...utili all'espletamento del proprio mandato*". Tali norme sono state pacificamente intese nel senso che attribuiscono agli interessati un vero e proprio diritto soggettivo d'accesso. Costituirebbe quindi un'evidente discrasia che solo gli accessi disciplinati dalla legge n. 241/1990, che oltre tutto rappresentano solo una piccola minoranza del totale degli accessi, avessero natura di interesse legittimo; ciò soprattutto ora che il nuovo testo dell'art. 114 della Costituzione ha ribaltato la tradizionale piramide delle pubbliche amministrazioni, ponendo al suo vertice Comuni e Province.

In secondo luogo l'Atto Senato n. 1281, al fine evidente di eliminare ogni dubbio sorto in passato ha esplicitamente inserito il diritto d'accesso tra i "*diritti civili e sociali*" di cui all'art. 117, lett. m) della Costituzione ed ha

precisato che il giudice amministrativo giudica sulle controversie in materia di accesso in sede di giurisdizione esclusiva; sicché ogni dubbio in proposito appare destinato ad essere tra breve formalmente eliminato dal legislatore del quale – allo stato – appare ben chiara l'intenzione.

4.1.3.- Non può neanche condividersi che il diritto d'accesso sia attribuito ai singoli interessati – ai sensi del citato art. 22, comma 1, della legge n. 241 – “al fine di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa e di favorirne lo svolgimento”. Occorre infatti distinguere tra diritto d'accesso *come istituto generale*, che risponde nel suo complesso alla indicata finalità (così come, del resto, qualsiasi istituto giuridico risponde a finalità di pubblico interesse), e diritto d'accesso *come situazione soggettiva personale*, che ai sensi dell'articolo stesso “è riconosciuto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti”. Se anche il diritto d'accesso come situazione soggettiva rispondesse effettivamente al fine citato dovrebbe essere contraddistinto dal carattere della doverosità, e costituire quindi assieme un diritto e un dovere; ma di ciò non v'è alcuna traccia nell'ordinamento.

D'altra parte l'eventuale preminenza delle ragioni di chi abbia chiesto l'accesso rispetto a quelle riscontrate nel diniego o alle esigenze di riservatezza del terzo cui si riferiscono i documenti è frutto di una valutazione che è compiuta direttamente dall'ordinamento e non dall'amministrazione; sicché dalle determinazioni adottate dall'amministrazione in ordine alle domande di accesso esula qualsiasi elemento di discrezionalità in senso proprio, e cioè nel senso di opportunità, potendo al più ipotizzarsi solo ristretti margini di discrezionalità tecnica, sottoposta al rigoroso vaglio del giudice amministrativo, e relativa sia alla

circostanza che il documento concreto al quale si chiede di accedere rientri o meno nelle categorie astratte di documenti che la legge dichiara accessibili sia alla circostanza che esista la posizione legittimante costituita dalla necessità di “tutela di situazioni giuridicamente rilevanti”, quest’ultima peraltro negli stretti limiti precisati al successivo punto 5.1.

4.1.4.- Deve pertanto concludersi che all’attuale stato evolutivo dell’ordinamento il diritto d’accesso abbia natura di un vero e proprio diritto soggettivo: ciò sia perché inserito in una legge di settore che ne disciplina minutamente l’attribuzione e l’esercizio nell’esclusivo interesse del richiedente sia perché può trovare un limite solo in specifiche e tassative esigenze di riservatezza (dei terzi o dell’amministrazione stessa) stabilite dalla legge ma non anche in mere valutazioni di opportunità di chi detiene il documento.

D’altra parte non sussistono nel caso in esame i caratteri tipici dell’interesse legittimo; manca infatti sia la correlazione ad una potestà autoritativa dell’amministrazione, perché l’amministrazione è tenuta ad un’attività meramente materiale, e cioè a offrire in visione o in copia un terminato documento amministrativo da essa detenuto, sia la predeterminazione di un termine di decadenza all’esercizio della situazione sostanziale, come precisato al successivo punto 5.

5.- Va quindi esaminato il quarto motivo d’appello, con cui si deduce che il diritto d’accesso non potrebbe essere esercitato di nuovo dopo l’inutile decorso del termine di trenta giorni per ricorrere avverso il diniego o il silenzio dell’amministrazione, stabilito dall’art. 25, comma 5, della legge n. 241/1990.

5.1.- E' indubbio che tutti i diritti soggettivi sottoposti dall'ordinamento ad un termine di prescrizione o di decadenza sono soggetti ad estinzione se non vengano esercitati entro il termine prescritto.

Ma nel caso del diritto d'accesso manca un termine iniziale da cui poter far decorrere la vita normale del diritto stesso. Non è certo tale il momento iniziale della semplice conoscenza del documento, dal momento che a questa data può mancare l'interesse all'accesso. Ma non è neanche tale il momento del sorgere dell'interesse all'accesso, sia perché nulla è disposto al riguardo dalla legge sia perché nel tempo possono sorgere una pluralità di interessi all'accesso, tra loro distinti; e quindi non è certamente ammissibile che l'eventuale estinzione della possibilità di soddisfare uno di essi travolga con sé anche la possibilità di soddisfare tutti gli altri. D'altra parte può sempre essere invocata la necessità di "tutela di situazioni giuridicamente rilevanti" ai sensi del citato art. 22; necessità che, trattandosi di accedere ad un documento che - di regola - non si conosce, può essere giustificata solo sulla base di una presunzione (che *ex post* può risultare infondata e che quindi - sempre di regola - l'amministrazione non può ritenere *a priori* inammissibile) che la consultazione o l'acquisizione di copia del documento richiesto possa poi risultare effettivamente rispondente ad un interesse di tutela che soltanto il richiedente è competente a valutare.

Mancando un termine iniziale manca necessariamente anche un termine finale. Sarebbe del resto palesemente assurdo che non possa accedersi ad un documento detenuto dall'amministrazione o conosciuto dall'interessato da un periodo che supera qualsiasi termine di prescrizione. La durata del diritto d'accesso può quindi essere stabilita solo in via

indiretta; e cioè nel senso che tale diritto soggettivo può essere esercitato dal momento in cui l'amministrazione acquista la detenzione del documento sino al momento in cui l'amministrazione ne perde la detenzione.

5.2.- Deve pertanto escludersi che l'inutile decorso del termine di trenta giorni per proporre ricorso al giudice amministrativo estingua il diritto all'accesso dell'interessato. La citata previsione dell'art. 25, comma 5, va quindi intesa nel senso che il richiedente che non ha proposto tempestivo ricorso giurisdizionale non abbia più titolo ad ottenere l'esecuzione coattiva dell'accesso da parte del giudice sulla base della domanda d'accesso già presentata e rimasta infruttuosa; ma conservi il titolo a presentare una domanda d'accesso nuova. Sarebbe oltre tutto veramente paradossale che l'introduzione generalizzata di un istituto quale il diritto d'accesso, che ha un dichiarato fine generale di pubblico interesse in una nuova e più democratica concezione dei rapporti tra amministrazione e amministrati, e che costituisce principio generale dell'ordinamento (art. 29, comma 1, della legge n. 241/1990), venisse sottoposto ad uno speciale regime processuale che – se non fosse possibile proporre una nuova domanda d'accesso – sarebbe per l'interessato indubbiamente più restrittivo di quello generale.

6.- Va quindi esaminato il primo profilo del quinto motivo d'appello, con cui si deduce che in materia d'accesso sarebbe in *a priori* esclusa la proposizione di ricorso gerarchico, o comunque di un rimedio interno all'amministrazione alla quale si chiede di accedere; dal che discenderebbe che avverso il diniego di decisione del ricorso stesso non sarebbe ammissibile proporre ricorso giurisdizionale al fine di ottenere la declaratoria del diritto d'accesso. Il motivo è fondata sulla circostanza che

l'art. 25 della legge n. 241/1990 tutela il diritto d'accesso con un ricorso giurisdizionale e tace di un eventuale ricorso gerarchico; il che farebbe presumere che in materia un ricorso gerarchico non sia consentito.

Su tale profilo, attesa la novità della questione, il Collegio ritiene opportuno soffermarsi.

6.1.- Il problema dell'ammissibilità del ricorso gerarchico nella materia in esame va esaminato alla luce di due norme di principio.

In primo luogo la norma dell'art. 1 del DPR n. 1199/1971, secondo cui il ricorso gerarchico è ammesso avverso tutti indistintamente gli atti amministrativi non definitivi; sicché è irrilevante che per l'accesso manchi una norma specifica che lo preveda, dal momento che una norma specifica sarebbe stata necessaria solo nel caso in cui lo si fosse voluto non ammettere ma vietare.

In secondo luogo la norma dell'art. 20 della legge n. 1034/1971, da cui discende che avverso tutti indistintamente gli atti amministrativi non definitivi l'interessato ha non solo facoltà di scegliere tra ricorso giurisdizionale e ricorso gerarchico (sicché l'ammissione del primo comporta – di regola – l'ammissione del secondo) ma può addirittura proporre contemporaneamente entrambi i ricorsi, con conseguente parallelismo dei ricorsi stessi.

D'altra parte l'art. 25 della legge n. 241 prevede il ricorso al TAR, ma non stabilisce che sia ammissibile *solamente* il ricorso al TAR; esistono tante altre materie che prevedono il ricorso al TAR, per le quali l'ammissibilità del ricorso gerarchico non è mai stata posta dubbio. Oltre tutto la questione di massima riguarda essenzialmente soggetti (enti locali e

relative aziende speciali, Università degli studi, ecc.) dotati di ampia autonomia organizzativa e regolamentare; soggetti per i quali nessun dubbio potrebbe sorgere se si trattasse di un ricorso gerarchico in qualsiasi altra materia diversa dall'accesso.

Le uniche considerazione che potrebbero farsi per superare queste norme di carattere generale sono: che il ricorso giurisdizionale per l'accesso previsto dall'art. 25 della legge n. 241/1990 è un ricorso speciale, perché accelerato e semplificato, e quindi in deroga alle norme generali avrebbe valore assorbente di qualsiasi altro rimedio; che ciò sarebbe stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza di questo Consiglio, che ha espressamente escluso in materia l'esperibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato; e che l'attesa della decisione di un eventuale ricorso gerarchico, sottoposto al normale termine di trenta giorni, potrebbe rendere impraticabile il previsto ricorso giurisdizionale, sottoposto anch'esso – in materia - ad un termine di trenta giorni dal diniego o dalla formazione del silenzio, con conseguente estinzione del diritto all'accesso, creando così una sorta di alternatività tra rimedio gerarchico e rimedio giurisdizionale, alternatività che potrebbe essere stabilita soltanto dalla legge.

Ma la “specialità” dell'art. 25, come integrato dall'art. 4, comma 3, della legge 21 luglio 2000 n. 205, consiste in modeste modifiche procedurali (esperibilità entro trenta anziché entro sessanta giorni; teorica possibilità del ricorrente di stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore) che non alterano in nulla la natura e la funzione del ricorso; e comunque la legge n. 205/2000 è piena di altri ricorsi in qualche modo accelerati o speciali, in relazione ai quali non si è mai posto un analogo

problema di illegittimità del ricorso gerarchico. Sicché non sussiste alcuna correlazione necessaria tra specialità del ricorso giurisdizionale e scomparsa del ricorso amministrativo. Semmai, dato il parallelismo dei due ricorsi, il rafforzamento dell'effettività dell'uno dovrebbe portare al rafforzamento dell'effettività anche dell'altro, perché la specialità - in realtà - è della *materia non del ricorso*.

Né a diversa conclusione può indurre il noto indirizzo giurisprudenziale che ha escluso l'esperibilità del ricorso straordinario in materia di accesso. Tale esclusione è stata determinata non da un'incompatibilità giuridica tra accesso e ricorso straordinario ma da una semplice incompatibilità pratica; e cioè dalla considerazione che il ricorso straordinario, non essendo sottoposto nelle sue varie fasi (relazione dell'amministrazione, espressione e comunicazione del parere del Consiglio di Stato, adozione del decreto del presidente della Repubblica) a termini perentori, è in concreto strutturalmente inidoneo a fornire il bene della vita ipotizzato dalla legge 241/1990, e cioè un accesso in un arco di tempo breve e predeterminato nel massimo.

Infine il timore che la proposizione del ricorso gerarchico possa determinare l'inammissibilità o l'irricevibilità del ricorso giurisdizionale non può ritenersi condivisibile. Un timore del genere poteva, al più, essere comprensibile quando si riteneva che l'accesso avesse natura di interesse legittimo; e che quindi se non azionato tempestivamente incorresse in una decadenza. Ma una volta stabilito che *a parte actoris* l'accesso ha natura di un vero e proprio diritto soggettivo, e che ciò risponde alle reali intenzioni del legislatore quali evidenziate nel citato Atto Senato n. 1281, non è più

prospettabile alcun problema di decadenza: perché il richiedente l'accesso, se attende la conclusioni del ricorso gerarchico e si fa scadere i termini per l'impugnazione del diniego in sede giurisdizionale, non perde nulla: basta che faccia una nuova domanda d'accesso, a costo zero, ed è rimesso in corsa.

D'altra parte, anche ad ammettere che l'accesso avesse natura di interesse legittimo la conclusione non potrebbe essere diversa. E' ben noto, infatti, che nel caso in cui l'interessato ricorra in via gerarchica anziché adire immediatamente la via giurisdizionale il termine per l'eventuale successiva impugnazione in via giurisdizionale decorre non più dal momento in cui l'interesse poteva inizialmente essere azionato ma dal momento in cui è intervenuta la decisione gerarchica o si è formato il silenzio rigetto. Di conseguenza in nessun caso la proposizione del ricorso gerarchico potrebbe rendere inammissibile o irricevibile un eventuale successivo ricorso giurisdizionale avverso la decisione negativa (esplicita o implicita) dell'amministrazione. L'opposta tesi, a ben vedere, comporterebbe che avverso la decisione gerarchica o il silenzio rigetto non fosse ammessa la tutela giurisdizionale; conclusione in palese contrasto con l'art. 113, comma 1, della Costituzione. Conclusioni analoghe valgono per qualsiasi altro tipo di rimedio amministrativo interno previsto dallo specifico ordinamento dell'amministrazione considerata.

6.2.- Deve quindi concludersi che non sussista in astratto alcun motivo di ordine giuridico per escludere che in materia d'accesso sia ammissibile un ricorso di tipo amministrativo, comunque configurato o denominato (riesame, ricorso gerarchico proprio, ricorso gerarchico improprio, ecc.). E

d'altra parte questa è sicuramente l'intenzione del legislatore, che nell'attuale testo dell'art. 25 della legge n. 241/1990 ha previsto un ricorso amministrativo al difensore civico (che si configura come una sorta di ricorso gerarchico improprio) e che nell'Atto Senato n. 1281 ha previsto anche un analogo ricorso amministrativo alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 27 della legge stessa (anch'esso configurabile come ricorso gerarchico improprio)..

Avverso tale conclusione non sussistono, del resto, neppure motivi di carattere più generale, dal momento che ritenere ammissibile anche un rimedio di tipo amministrativo favorisce l'esercizio *effettivo* del diritto d'accesso del cittadino nei confronti dell'amministrazione, tenuto anche presente il non trascurabile costo di un eventuale ricorso giurisdizionale, mentre l'indirizzo opposto favorisce quella situazione di "silenzio ostilmente preordinato" a favorire l'opacità dell'azione Amministrativa, che la giurisprudenza di questo Consiglio ha da tempo stigmatizzato. Di conseguenza, attesa la dichiarata finalità di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale, la scelta interpretativa non può che essere nel senso dell'ammissibilità, tenuto anche conto della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, secondo cui l'autorità adita dovrebbe assicurare tutte le utilità di sua competenza senza che si debba ricorrere ad una sede superiore.

6.3.- Ciò premesso in linea generale va però esaminato se in concreto l'ordinamento dell'A.N.M. prevedesse un ricorso amministrativo al Comune di Napoli, ricorso che nel caso avrebbe avuto il carattere di ricorso gerarchico improprio (attesa la diversità soggettiva delle due

amministrazioni). Infatti mentre il ricorso gerarchico proprio è un istituto di carattere generale e quindi è sempre ammissibile – ricorrendone i presupposti – qualora non sia espressamente escluso, il ricorso gerarchico improprio è un istituto di carattere eccezionale e quindi è ammissibile soltanto se espressamente previsto dalla legge o dal particolare ordinamento delle amministrazioni considerate.

Ora nella fattispecie è incontroverso che nessuna norma generale o particolare prevede che avverso le decisioni dell'A.N.M. in materia d'accesso sia esperibile un ricorso gerarchico improprio al Comune di Napoli. Pertanto, in accoglimento del secondo profilo del quinto motivo di ricorso va dichiarato che il ricorrente in primo grado non aveva alcun titolo ad ottenere la declaratoria del diritto all'accesso in base al diniego di competenza comunicatogli dal Comune di Napoli, attesa l'assoluta irrilevanza di tale determinazione in ordine alla formazione di un rifiuto impugnabile in sede giurisdizionale ai fini del conseguimento di tale declaratoria.

7.- Con l'ultimo motivo d'appello l'A.N.M. deduce che in ogni caso il ricorso in primo grado sarebbe stato irricevibile.

Il motivo è fondato.

L'interessato aveva presentato domanda d'accesso il 18 dicembre 1997, rimasta senza esito; il 28 marzo 1998 aveva notificato atto di diffida stragiudiziale, rimasto anch'esso senza esito; ed il 5 maggio 1998 aveva proposto ricorso avverso il silenzio rifiuto.

Ma ai sensi dell'art. 25, commi 4 e 5, della legge n. 241/1990 “decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta” (d'accesso) questa si intende

respinta e contro il rifiuto tacito od espresso il ricorso al TAR va proposto entro il successivo termine perentorio di trenta giorni. Nel sistema stabilito dalla norma non è quindi previsto, ed è quindi logicamente escluso attese le specifiche esigenze di celerità del rito, che il termine perentorio per ricorrere in sede giurisdizionale possa essere interrotto o riaperto dalla proposizione di una diffida ad adempiere.

Di conseguenza il ricorso giurisdizionale in primo grado, essendo stato proposto oltre la scadenza del prescritto termine perentorio, va dichiarato irricevibile.

8.- L'appello va pertanto accolto, con conseguente annullamento della sentenza impugnata.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello.

Compensa le spese di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 15.aprile.2003 e 27 maggio 2003 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Sesta - riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Salvatore GIACCHETTI

Presidente

Sergio SANTORO

Consigliere Est.

Alessandro PAJNO

Consigliere

Carmine VOLPE

Consigliere

Giuseppe MINICONE

Consigliere

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria